Avv. ELIO JONA

IL CONCORDATO AMICHEVOLE STRAGIUDIZIALE IN LIMITE DI FALLIMENTO

Studio teorico-pratico

UNIONE
TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
TORINO, Corso Raffaello, 28
MILANO – ROMA – NAPOLI
1908

Avv. ELIO JONA

IL CONCORDATO AMICHEVOLE STRAGIUDIZIALE IN LIMITE DI FALLIMENTO

Studio teorico-pratico

UNIONE
TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
TORINO, Corso Raffaello, 28

MILANO — ROMA — NAPOLI

1908

AL COMMENDATORE

RAFFAELLO ROSSELLI

CHIARO MECENATE LIVORNESE

QUESTO BREVE LAVORO

FRUTTO DI STUDI PAZIENTI

A LUI DOVUTI

CON ANIMO PROFONDAMENTE GRATO

DEDICO

Rifuggo da una prefazione, poichè quasi sempre questo genere di componimento non ha altro scopo se non quello di mettere in luce — coi più bei fiori di retorica modestia — quel po' d'importanza che può avere la trattazione. Invece, mi limito ad un'avvertenza.

Nello svolgimento di questo studio sul Concordato amichevole stragiudiziale *non solo ho fatto tesoro di tutta la dottrina e giurisprudenza esistenti in materia, ma si può dire che l'abbia riportata per intero..... La critica non me ne rimproveri, o quanto meno sappia che ho fatto questo* pour cause. *Io ho l'idea che quando si riporta una teorica, specialmente se il nostro modo di vedere ci spinge a non accettarla, la si riporta, il più delle volte, senza quella scrupolosa esattezza, che sola può darne un concetto preciso. Riassumendola, molto spesso, magari inconsciamente, la si trasforma un poco, ma quel tanto che basti perchè la successiva confutazione risulti più logica ed evidente. È lo stesso fenomeno inconscio per cui l'identico fatto, esposto da due avvocati di parte contraria, assume sfumature diverse, che lo trasformano completamente. Per evitare questo pericolo, ho avuto cura di riferire specialmente le dottrine che mi parevano inesatte colle stesse parole dei loro autori. Di che non mi pento, anche perchè la materia del concordato amichevole stragiudiziale era fin qui così frammentaria, e soprattutto così sparsa, che l'averla raccolta basterebbe — credo — a dar una certa importanza a questo breve*

lavoro. Il quale, quando non abbia altro merito, avrà quello di offrire allo studioso, risparmiandogli penose e complicate ricerche, tutto quanto s'è scritto e pensato fin qui sul nostro istituto.

Chiudo queste poche righe, rivolgendo pubblicamente una calda parola di ringraziamento a tutti in genere i Professori dell'Università di Torino, Facoltà di Leggi, che mi furono larghi d'incoraggiamento: al Prof. CATTANEO *in ispecie, il quale, dopo avermi persuaso ad occuparmi del concordato amichevole stragiudiziale per dissertazione di laurea, mi sostenne col consiglio sempre valido ed illuminato nell'intento più serio e complesso d'elevare questo studio a vere — per quanto modeste — pretese scientifiche, e più ancora ai Professori* RUFFINI e MANARA, *dell'Università di Genova, dai quali mi venne, oltre al consiglio, vero aiuto cortese nel superare le difficoltà della pubblicazione.*

Possa questo breve e succinto lavoro, come primo passo sulla via di studî scientifici, apparire alla critica non indegno dell'ispirazione di così chiari maestri!

Torino, Settembre 1907.

Avv. ELIO JONA

PARTE PRIMA

GENERALITÀ

TITOLO I.

CARATTERI FONDAMENTALI

CAPITOLO I.

La posizione ed i vantaggi del concordato amichevole stragiudiziale in confronto alle altre forme di concordato.

SOMMARIO. — 1. Necessità d'una classificazione delle varie forme di concordato. — 2. Criterî fondamentali. — 3. Classificazione del ROCCO. — 4. Critica di questa classificazione — Il criterio fondamentale di distinzione dev'essere quello del momento in cui si addiviene al concordato, prima cioè o dopo l'apertura del fallimento. — 5. La giudizialità del concordato dipende appunto dall'essersi aperto il fallimento. — 6. L'eccezione a questo principio del concordato preventivo non è che apparente. — 7. Il concordato amichevole di fallimento, come tale, è di necessità giudiziale. — 8. Anche l'obbligatorietà del concordato dipende dall'essersi già dichiarato il fallimento — Un concordato amichevole di fallimento è inconcepibile. — 9. Critica dell'art. 830 cod. comm., che istituisce appunto questa forma ibrida di concordato. — 10. Inconvenienti pratici di quest'istituto e suoi rapporti col concordato preventivo. — 11. Il vero e proprio concordato amichevole stragiudiziale — Critiche del FEDERICI e del BOLAFFIO. — 12. Primi argomenti in contrario. — 13. Opinioni del ROCCO e del GUARIGLIA. — 14. I vantaggi del concordato amichevole stragiudiziale in rapporto a pubblicità, spese, e tempo. — 15. Il concordato a. s. in rapporto al fallimento. — 16. Il c. a. s. ed i non commercianti. — 17. Osservazioni teoriche e difficoltà pratiche. Il c. a. s. e le obbligazioni non commerciali.

1. Una classificazione esatta e minuta delle varie forme che può assumere il concordato ha forse maggior importanza scientifica che utilità pratica: può forse sembrare

inutile, oltrechè non necessaria; perchè si può ritenere a ragione che basti soffermarsi a pena sull'argomento per esser certi di non aver mai a confondere l'una forma coll'altra. Pure da un cenno breve di classificazione non posso proprio prescindere, e ciò sia per fissare qual parte precisa della complessa materia dei concordati io intenda fare oggetto immediato del mio studio breve e modesto, sia anche per chiarire fin d'ora alcuni concetti, che avranno forse un'importanza fondamentale sull'intera trattazione: due scopi, due risultati, il cui valore è di per sè troppo palese, perchè ci sia bisogno d'insistervi.

2. Per una classificazione esatta delle varie forme di concordato, non si può a meno di combinare tre criterii, uno dei quali dovrà scegliersi come fondamentale, considerando gli altri due come secondarî o accessorii. Ora dalla scelta del primo criterio dipende necessariamente tutta l'esattezza scientifica dell'intera classificazione.

Questi tre criterii, in qualunque ordine si voglia considerarli, sono:

a) il *momento* in cui si addiviene al concordato;

b) l'*obbligatorietà* o meno del concordato stesso per coloro che non hanno direttamente partecipato a concluderlo;

c) la *giudizialità* o meno del concordato medesimo; cioè l'intervento dell'autorità giudiziaria, mediante un apposito procedimento di verificazione giudiziale dei crediti e l'omologazione del concordato da parte del magistrato.

3. Ora il Rocco (1) nella prima parte del suo lavoro, fissa come criterio fondamentale l'obbligatorietà *(b)*, e così distingue anzitutto il concordato *obbligatorio* da quello *amichevole;* e il primo suddivide in *concordato preventivo,* già esistente in altre legislazioni, quando l'opera del Rocco fu pubblicata, ed istituito poco dopo anche in Italia (2), e

(1) Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, Fratelli Bocca, 1902.

(2) Legge 24 maggio 1903 sul concordato preventivo e sui piccoli fallimenti.

concordato obbligatorio di fallimento, ch'è il più importante fra tutti, quello di cui la legge si occupa più largamente e più diffusamente gli autori. Il secondo suddistingue in *concordato amichevole giudiziale,* istituito dall'art. 830 Cod. comm., e disciplinato dalle successive disposizioni dello stesso capo III del libro III, in quanto non sieno incompatibili colla particolare natura giuridica di questo istituto; e *concordato amichevole stragiudiziale,* che vien concluso *prima* e *indipendentemente* dalla procedura di fallimento.

4. Questa classificazione è sostanzialmente esatta, in quanto si fonda, ripeto, sulla combinazione di tre criterî esattissimi. Tuttavia la giudicherei più precisa, se ponesse come primo e fondamentale criterio il *momento (a)* in cui il concordato ha luogo, *prima* cioè o *dopo* la dichiarazione di fallimento. Il Rocco non si attenta a servirsi di questo criterio come fondamentale, perchè gli pare che non potrebbero più collocarsi con esattezza il concordato preventivo e quello amichevole di fallimento. Ma non per questo egli ha ragione di accusarlo come « puramente formale, perchè concerne unicamente il momento in cui il concordato ha luogo » (1). A me non pare che quel criterio debba essere inteso in un senso così letterale e ristretto: chè anzi, ove lo si consideri con maggiore ampiezza, riuscirà manifesto come l'obbligatorietà e la giudizialità del concordato non sono che conseguenze dell'essersi già iniziata la procedura di fallimento.

5. Giudiziale è necessariamente ogni concordato, in quanto vi si addivenga dopo l'apertura del fallimento. Questo, infatti, è un procedimento in cui domina sovrana l'autorità giudiziaria, la quale, o direttamente o per mezzo del giudice delegato, presiede a tutte le operazioni, risolve tutte le contestazioni che possono sorgere, tutto insomma dirige e sorveglia. Ora, anche a prescindere dai rapporti di diritto pubblico, dalle conseguenze penali a cui talvolta dà luogo il fallimento, e che naturalmente contribuiscono ad

(1) Rocco, op. cit., pag. 6-7.

imporre speciali cautele intorno al modo di condurlo a termine; anche limitatamente ai rapporti di diritto privato, che pur attengono anch'essi all'interesse pubblico, in quanto la legge li ha raccolti tutti in un fascio, affidandone la sorveglianza e la cura all'autorità giudiziaria, affinchè non sieno violati i legittimi interessi di alcuno, come potrebbe concepirsi che essa autorità si disinteressasse completamente della chiusura del fallimento, e quindi anche del concordato? Vediamo che il tribunale, non dovendo curare l'interesse dei privati meglio di quanto vogliano curarlo essi stessi, deve limitarsi ad esaminare se le formalità prescritte dalla legge per la formazione del concordato sieno state osservate, ed in questo caso omologarlo senz'altro, non occupandosi del merito, se non in quanto i diritti di alcuni fra i creditori sieno stati apertamente ed illecitamente conculcati (1). Vediamo inoltre che, se pur *tutti* i creditori verificati ed ammessi abbiano partecipato alla conclusione del concordato, il che costituirebbe la miglior garanzia che non sorgano contestazioni sul merito (è questo il caso, quale l'ha almeno concepito il legislatore, del concordato amichevole di fallimento) tuttavia il tribunale è ugualmente tenuto ad esaminare se il concordato fu legalmente formato e non potrebbe in alcun modo prescindere dall'omologazione. Bastano, io credo, queste due osservazioni per mettere in chiaro come quest'esame e questa tutela da parte dell'autorità giudiziaria abbiano un carattere prettamente formale, il quale non solo non contraddice, ma conferma il concetto espresso poc'anzi: che cioè all'autorità giudiziaria non deve sfuggire ad un certo punto, sia pure per l'accordo di *tutti* gl'interessati, quella procedura di concorso che da lei venne iniziata e sorvegliata e diretta ed accompagnata, per così dire, in tutti i suoi passi.

Liberissimi i creditori, ove stimino di poter meglio sistemare i loro interessi senza l'intervento del magistrato, di ricorrere ad un concordato stragiudiziale, ad un concordato cioè, nel quale l'autorità giudiziaria non abbia nulla a che

(1) Il punto veramente è assai delicato e controverso: tuttavia la giurisprudenza prevalente e, secondo me, più ragionevole, si attiene a questo criterio intermedio.

vedere. Ma debbono addivenirvi prima che il fallimento sia dichiarato. Dopo, non son più essi soli i padroni della situazione: l'interesse pubblico è in giuoco, rappresentato e tutelato dall'autorità giudiziaria. Questa dunque soltanto ha il potere, anche se si addivenga ad un concordato, di por fine alla procedura di concorso, che da lei fu aperta, e che ella sola deve e può chiudere.

A questo concetto medesimo mi sembra essersi ispirato anche il BOLAFFIO (1):

« La sentenza di omologazione, mentre è elemento essenziale del contratto conchiuso fra debitore e creditori (2), del quale appunto riconosce la legalità e convenienza (3), è l'esercizio della facoltà autonoma del magistrato, che integra col proprio voto, *espressione dell'interesse sociale, il voto favorevole dei creditori, emesso nel loro rispettivo interesse individuale* ».

6. Si riaffaccia però a questo punto quel dubbio che impediva al Rocco di accettare come criterio fondamentale di classificazione quello del tempo in cui ha luogo il concordato. Se infatti il concordato in tanto è giudiziale, in quanto vi si addivenga dopo l'apertura del fallimento, come mai il concordato preventivo, che pure precede sempre la sentenza dichiarativa (4), è tuttavia giudiziale, anzi, in certo modo, è il più giudiziale dei concordati, come quello in cui è lasciata maggior facoltà d'esame al tribunale? (5).

---

(1) BOLAFFIO, *La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, testo, lavori preparatorii e commento, Verona, Tedeschi, 1903.

(2) Una sentenza elemento essenziale d'un contratto? Dichiaro fin d'ora di non poter accettare questa concezione, stravagante ed assurda. E confido di poter più avanti (cfr. cap. II, appendice, pag. 44 e segg.) mettere in chiaro l'inesattezza di questa dottrina.

(3) A proposito di queste ultime parole « e convenienza », ricordo come il BOLAFFIO parli qui del concordato preventivo, pel quale appunto è lasciata maggiore ampiezza d'esame all'autorità giudiziaria, in quanto si deve da questa: *a)* accertare la legalità e convenienza dell'accordo (entrando dunque nel merito); *b)* verificare ed apprezzare se il debitore è meritevole del beneficio che implora (art. 20 legge cit.).

(4) Legge 24 marzo 1903 sul concordato preventivo e procedura dei piccoli fallimenti, art. 1.

(5) Legge citata, art. 20.

Esaminando il caso con attenzione, si vede subito che l'obbiezione è più apparente che reale. In sostanza, per quanto la dichiarazione di fallimento tenga sempre dietro alla mancata prova del concordato preventivo, sembra tuttavia formarne il naturale presupposto ed imprimergli, per ciò solo, il carattere di giudiziale ed obbligatorio. Oggi, infatti, dopo la legge che istituì il concordato preventivo, il commerciante che non può più far fronte ai suoi impegni non ha che due vie: o raccogliere intorno a sè *privatamente* i suoi creditori ed aprire con essi trattative per un concordato stragiudiziale; ovvero chiedere senz'altro al tribunale una convocazione dei creditori pel concordato preventivo, mediante una domanda speciale, la quale arieggia un po' (se bene abbia carattere ed effetti diversi) a quella dichiarazione di insolvenza che il Codice di commercio (art. 683, al. 1°) impone a chi si trovi da tre giorni in istato di cessazione dei pagamenti. Ora a me pare che in questo caso ci sia già, come sottintesa, e quasi in modo condizionato, la procedura di fallimento, tant'è che per l'esame che dovrà poi condurre all'omologazione del concordato stesso da parte del Tribunale si fa luogo alla verificazione dei crediti, la quale è proprio un atto costitutivo della procedura di concorso. Siamo dunque in pieno fallimento, fallimento sottoposto alla condizione che quel concordato al quale si mira non abbia luogo. Di fatto, se il concordato stesso non si conchiude, si apre senz'altro il fallimento. E così, mentre, riuscito vano il tentativo d'un accordo stragiudiziale, il tribunale non ha nulla a che vedere nei rapporti fra debitore e creditori, a meno che *voglia,* ove gli consti dell'insolvenza, dichiarare d'ufficio il fallimento (così sta scritto nel codice (art. 684), ma in realtà il tribunale adempie ben di rado a questo suo compito) (1), fallita invece la prova del concordato preventivo, venuta meno cioè la condizione che teneva in sospeso la procedura di concorso, il tribunale stesso *deve* dichiarare *d'ufficio* il fallimento, e dichiararlo *nella sentenza medesima,* con cui nega l'omologazione del concordato (2).

(1) App. Venezia, 16 luglio 1894 (*Temi Veneta*, 1894, 625).
(2) Legge citata, art. 20, al. 3°.

Il concordato preventivo dunque, di sua natura, se non evita il fallimento, lo prelude per necessità; reca già insomma, implicitamente, la procedura di concorso, e rientra per questo verso nelle forme di concordato di fallimento, e quindi per necessità giudiziale.

7. È qui opportuno far notare una divergenza d'opinione fra gli autori a proposito del concordato amichevole di fallimento.

Alcuni, come il VIDARI (1) ed il LANNI (2), affermano trattarsi d'un concordato stragiudiziale, al pari di quello concluso all'infuori del fallimento.

Il fissare l'attendibilità o meno di quest'opinione è per me importantissimo: ne va dell'intera trattazione; in quanto, se veramente il concordato amichevole di fallimento fosse stragiudiziale, come è quello concluso fuori di fallimento, lo studio del concordato stragiudiziale dovrebbe comprendere due istituti. Così, sotto questo titolo, tratta insieme i due istituti, come entrambi stragiudiziali, il LANNI (2); ma è grave errore accomunare in questo modo le due forme diverse di concordato. Ciò dipende da una pericolosa confusione fra il carattere di amichevole proprio ad entrambe e quello di stragiudiziale, che si riferisce invece unicamente al concordato che ha luogo fuori (*in limite*) di fallimento. I due concetti di amichevole e stragiudiziale vogliono essere nettamente distinti. Amichevole è il concordato, in quanto vincoli soltanto quelli fra i creditori che lo hanno voluto e sottoscritto: stragiudiziale invece, in quanto abbia luogo fuori di fallimento. Così il contrapposto di amichevole è « obbligatorio », cioè vincolativo anche pei dissenzienti (articolo 840 Cod. comm.); mentre il contrapposto di stragiudiziale è « giudiziale », cioè di fallimento. Del resto, avrò molto spesso occasione di insistere su questi concetti.

---

(1) VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. IX, n. 4924 e segg.
(2) LANNI, « Concordati amichevoli » nel *Filangieri*, anno 1891, pag. 385 - (2) e 403 (II).

Ritiene invece che il concordato amichevole di fallimento sia giudiziale il Bonelli (1): « Molti chiamano stragiudiziale il concordato amichevole di fallimento; ma l'espressione è da evitarsi, perchè, sebbene l'intervento del tribunale non abbia in esso il significato e l'importanza che ha nel concordato di massa (che perciò si chiama propriamente *giudiziale*), pure esso è necessario e quella espressione potrebbe far credere che non lo fosse. Veramente stragiudiziale è invece il concordato amichevole fuori di fallimento ».

Così pure il Bolaffio (2), e, più esattamente di tutti, il Guariglia (3). « Il Vidari dice concordato amichevole e stragiudiziale quello conchiuso dopo la dichiarazione di fallimento con tutti i creditori: che sia un concordato amichevole, siamo d'accordo coll'illustre autore; ma stragiudiziale poi no, perchè esso, per produrre tutti i suoi effetti ha bisogno dell'omologazione giudiziale. Sia pure che, fra i paciscenti, esso è perfetto col solo loro consenso, e quindi produce effetti di indole civile e privata nei loro rapporti; ma evidentemente le parti non ebbero solo di mira questi effetti, esse vollero che lo stato di fallimento cessasse nel comune interesse, e questo scopo non possono raggiungere se non col pronunciato del magistrato » (4).

Evidentemente il Guariglia si ricollega con queste parole a quel concetto medesimo che ho largamente esposto fin qui: che cioè, una volta dichiarato il fallimento, non si può concepire alcuna forma di concordato che sfugga all'omologazione dell'autorità giudiziaria (5).

8. Ma dall'essere già dichiarato il fallimento deriva anche l'altro carattere della obbligatorietà del concordato: obbligatorio dunque ogni concordato per ciò solo che venga conchiuso durante il fallimento. Ciò significa che, dichiarato

---

(1) Bonelli, *Trattato del fallimento*. Comment. al Cod. di comm. VIII, vol. II, pag. 651, n. 711, nota 2.

(2) Bolaffio, op. cit., pag. 21, 1°.

(3) Guariglia, *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Napoli, Pierro, 1892.

(4) Rocco, op. cit., pag. 331 e segg.: « Si suol chiamare qualche volta stragiudiziale anche il concordato amichevole ».

(5) Per un più ampio svolgimento della questione, *infra*, n. 9 e segg.

il fallimento, una forma di concordato a cui qualche creditore sia libero di non sottostare è inconcepibile. E ciò perchè chi ha diritto di disporre del credito non è più il creditore come singolo, ma come facente parte della massa concorrente. Per ciò solo che vi è fallimento, se la maggioranza delibera di porvi termine mediante un concordato, a qualunque condizione, purchè con le opportune e legali cautele pei diritti della minoranza dissenziente, è naturale e logico che questa rimanga obbligata e vincolata dal concordato. È un principio questo, semplicissimo nella pratica dei fatti e pel comune buon senso, difficilissimo invece a fissarsi giuridicamente: tant'è che di qui nasce il germe d'una questione delicatissima, la quale, sebbene non tocchi direttamente il mio argomento, mi sarà tuttavia necessario di prendere in esame e di svolgere (1).

« Certo » scrive il Vivante (2) in quel suo articolo così geniale e suggestivo che si intitola « Il fallimento civile », « l'ordinamento del concordato si stacca dal diritto comune, pel quale i contratti sono legge fra i contraenti e non possono esser modificati senza il loro consenso: nel concordato invece la maggioranza fa legge e spoglia la minoranza d'una frazione più o meno cospicua del suo credito. Ma un concetto d'equità sociale piega in quest'istituto il rigoroso diritto individuale. È troppo utile alla società che l'azienda, spesso costituita coll'opera onesta, industriosa di più generazioni, non vada dispersa nel nulla delle liquidazioni e divenga centro fecondo d'una rinnovata attività economica. Chi, ligio agli aforismi del diritto tradizionale, si turba perchè la minoranza dei creditori può essere quasi direi espropriata dalla maggioranza d'una parte del credito, deve riflettere che in ultima analisi ogni azienda alimentata dal credito è obbiettivamente un'amministrazione di capitali altrui; se colui che la dirige è immune da colpe, è logico che i creditori risentano le perdite della sua gestione, come avrebbero goduto i beneficii d'un lucroso impiego, se l'azienda fioriva ».

---

(1) Vedi cap. II, pag. 44, appendice.

(2) Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 2ª edizione, volume IV, parte II, pag. 222, appendice.

Tutto ciò prova all'evidenza che, *dato lo stato di fallimento, non vi può essere se non un concordato obbligatorio.*

Certo sarebbe l'ideale se anche questa forma di costrizione mancasse e i creditori tutti, senza distinzione fra maggioranza e minoranza, si accordassero sulla necessità o convenienza del concordato. Si avrebbe in tal modo il concordato amichevole di fallimento, quale l'ha concepito il legislatore, cioè come forma ideale di concordato. Ma guai a tradurre in pratica quest' ideale! Immaginare un concordato *amichevole di fallimento,* un concordato cioè nel quale non si dia alla volontà della maggioranza la facoltà ed il valore di piegare e vincolare la minoranza dissenziente, è creare un istituto ibrido, stravagante ed errato, come quello che appunto creò il Codice di commercio dell'82, a differenza del Codice precedente del '65, a differenza di tutte le altre legislazioni, mutuando, non si sa come, un errore dalla legislazione austriaca, mentre pure in Austria la dottrina lo accusava come stravagante e mal pratico.

9. Un breve esame di questo speciale concordato servirà a porre in miglior luce l'esattezza di questa critica.

L'art. 830 del Cod. di comm. suona così:

« In ogni stadio della procedura di fallimento può aver « luogo un concordato tra il fallito e i suoi creditori, se « tutti vi acconsentano ».

Si tratta dunque d'un concordato che può essere conchiuso in ogni stadio della procedura di fallimento, e così non solo prima e dopo la verificazione dei crediti, ma anche dopo il concordato obbligatorio o la negata omologazione a questo concordato già conchiuso (1). Ma questo concordato, a differenza di quello obbligatorio, deve essere consentito da tutti i creditori. Nel concordato obbligatorio, di fatto, chi delibera è l'assemblea dei creditori legalmente costituita, nella quale pertanto è logico e necessario che la volontà della maggioranza prevalga sul dissenso, spesso capriccioso, di pochi. Qui, invece, non essendoci un'assemblea

(1) Rocco, pag. 338. — Tribunale Roma, 25 marzo 1898 (*Temi Rom.*, 1898, 138).

costituita, la quale deliberi sulla proposta di concordato, ed agendo il creditore *uti singulus*, è ben logico che si richieda l'unanimità.

Or dunque è evidente che il debitore, se bene possa ricorrere a questa forma di concordato in qualunque stadio della procedura di fallimento, non avrà convenienza a ricorrervi, se non prima della verificazione dei crediti, quando cioè l'altro concordato, l'obbligatorio, non è ancora possibile. Dopo, infatti, a che dovrebbe affannarsi per ottenere un concordato *da tutti*, mentre, mediante l'assemblea dei creditori, potrà ottenerlo *dai più*, il che gli sarà sempre più agevole?

Ecco dunque come soltanto prima della verificazione dei crediti si può concepire che venga conchiuso questo concordato, il quale, si noti bene, dovendo essere assentito da tutti i creditori, sarebbe poi sempre destinato a cadere nel nulla, anche dopo l'omologazione, se saltasse su un creditore a dimostrare che il suo consenso non fu chiesto od ottenuto. Il tribunale, pertanto, prima di omologare, dovrà accertarsi:

1° Che proprio tutti i creditori del fallito abbiano dato il loro consenso.

2° Che, reciprocamente, tutti coloro che hanno consentito fossero veramente creditori.

Ma di che potrà servirsi il tribunale per accertarsi di questo?

Anche nella procedura più lunga e minuta di verificazione dei crediti, la quale pure, istituita come propria e fondamentale operazione del fallimento, risponde abbastanza bene allo scopo, la grande piaga di tutte le liquidazioni fallimentari è pur sempre quella dei crediti fittizi. Qui, poi, mancando anche la verificazione, non potendosi fare altro assegnamento, per attingere notizie, che sui libri del fallito, la vera consistenza dell'attivo e del passivo sfugge senz'altro, o, quanto meno, è difficilissima a determinarsi. Nei libri di commercio la registrazione ordinata, che dovrebb'essere la miglior garanzia di regolarità, si presta, nelle mani d'una persona intelligente ed astuta, a mascherare mirabilmente la frode. Si può molto facilmente fare attestare dai libri

operazioni non mai avvenute, crediti e debiti inesistenti od esagerati. E tutti sanno quanto sia difficile provare queste simulazioni! Questi inganni quasi sempre riescono, con qual vantaggio della moralità e del buon diritto ognuno può vedere assai chiaramente!..... (1).

10. D'altra parte l'istituzione del concordato preventivo, adottato finalmente, dopo tante richieste, anche in Italia, sembra portare l'ultimo colpo a questa forma strana di concordato, togliendole anche quella convenienza che poteva avere in quel periodo della procedura di fallimento, che precede la verificazione dei crediti. Dato infatti questo concordato preventivo, che non è ancora il fallimento vero e proprio, e che, come il concordato giudiziale, è sufficiente sia consentito dai *più*, anzichè da *tutti*, non si capisce perchè il debitore dovrebbe preferire di fallire senz'altro per poi ricorrere, nella confusione dei primi atti del fallimento, ad una forma che richiede il consenso di tutti.

Oggi dunque, in qualunque momento, anche prima della verificazione dei crediti, fino da quando si accorga di non poter più far fronte ai suoi impegni, un commerciante oberato, se onesto, non troverà mai nessuna convenienza a servirsi di questa forma stravagante di concordato. Ce la troverà, invece, ed in qualunque momento, il commerciante disonesto, al quale la confusione appunto in cui si trovan le cose prima della verificazione dei crediti, gioverà mirabilmente ad intorbidare ogni cosa, a far credere vero il falso, e viceversa. In questo modo egli mira, con molta astuzia, ad ottenere un concordato purchessia, che lo libera dalla veri-

---

(1) A torto il CALAMANDREI (*Del fallimento*, vol. II, pag. 120) considera con una certa leggerezza questa facilità di frodi cui si presta questa forma di concordato: « In genere non si avranno falsi creditori, perchè il timore delle pene minacciate dall'art. 865 contro i convinti di aver fraudolentemente proposto nel fallimento in proprio nome o per interposta persona crediti simulati sarà sufficiente freno agli abusi. In ogni modo il decidere se il concorso di tutti i creditori siasi verificato è questione di fatto rimessa al savio apprezzamento del tribunale, che ne terrà conto nel giudizio d'omologazione, cui anche il concordato unanime deve essere sottoposto ».

Oh! aurea ingenuità!

ficazione e lo sbriga del fallimento, ma non cessa per questo d'essere un inganno ed una frode. Non può dunque avere altro scopo, nell'appigliarsi al concordato amichevole di fallimento, se non quello di frodare impunemente i creditori e la legge (1). Questa, a sua volta, senza volerlo, ha istituito una apposita forma di concordato per questa mala genìa di debitori; e non so davvero quale appunto più grave si potrebbe rivolgerle.

Di tutto questo si resero esatto conto gli scrittori di Francia: mancando quivi un articolo di legge nel Codice, corrispondente al nostro 830 cit., che disciplini un istituto così stravagante, già prima che la legge 4 marzo 1889 venisse con l'articolo 16 ad escluderlo senz'altro in modo esplicito, dottrina e giurisprudenza prevalente negavano l'ammissibilità d'un concordato amichevole di fallimento. Così il THALLER (2) ed i signori LYON CAEN et RENAULT, i quali, dopo avere ampiamente studiata la questione nei *Précis de droit commercial*, n. 2939, la riassunsero brevemente in poche geniali osservazioni nel *Manuel de droit commercial* (3).

---

(1) Si potrebbe, forse, configurare qualche caso pratico, nel quale il concordato amichevole di fallimento potesse riuscire opportuno, senza mascherare una frode per alcuno o per molti fra i creditori. Così, per es., quando, data un'azienda oberata, la quale i creditori stessi riconoscevano non essere opportuno di far cadere in fallimento, per evitare eccessivi dispendii, può tornare utile, se il fallimento sia dichiarato per l'errore o per la mala fede di qualcuno, troncarlo in sul nascere, anche prima di qualunque formalità procedurale, col concordato amichevole, unica forma di concordato possibile in questo momento. Ma è certo che, a quest'uopo, in questo caso specialissimo, potrebbe ugualmente servire l'opposizione alla sentenza dichiarativa, o da parte dei creditori stessi o da parte del debitore, il quale dimostrerà che la cessazione dei pagamenti (art. 683) manca, per un tacito accordo intervenuto fra lui ed i suoi creditori..... Comunque, fra questo caso così poco frequente e l'altro tanto facile di frodi scandalose sulla base di questo concordato amichevole di fallimento, non c'è nè può esservi proporzione di sorta!

(2) THALLER, *Des faillites en droit comparé*. vol. II, n. 185, pag. 243.

(3) « Le concordat amiable conclus après que le jugement déclaratif a acquis force de chose jugée, fait, selon de nombreuses décisions judiciaires, cesser les effets de la faillite de telle sorte que le dessaisissement prend fin et que les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle. Il y a bien selon nous de quoi repousser cette doctrine et d'admettre, au contraire, que le concordat amiable laisse subsister le jugement déclaratif avec tous les effets y attachés. Quand la con-

E in Italia il Mortara, con lodevole intuito, compilando uno *Schema preliminare per la riforma delle disposizioni sulla procedura di fallimento e di concordato*, non fa neanche menzione di quest'istituto (1).

Del quale pertanto io non credo di dovermi occupare più oltre: sia perchè è un istituto pieno d'errori, d'incongruenze; sia perchè, pur essendo amichevole è tuttavia giudiziale (cfr. n. 7), e come tale sfugge dai limiti del mio studio, il quale si propone come oggetto il *concordato amichevole stragiudiziale,* quello cioè che viene concluso *prima* e *indipendentemente* dalla procedura di fallimento.

11. Di questo concordato amichevole stragiudiziale si è detto gran male da molti.

Il Bolaffio ad esempio nel 1886 scriveva (2):

« Un esimio magistrato deplorava di recente l'abitudine invalsa fra i commercianti di convocare i creditori per tentare un accordo stragiudiziale che consenta loro la prosecuzione del commercio, evitando così il fallimento. Affermava che questi accordi sono un pericolo e un danno per la moralità pubblica, pel commercio e per gli stessi creditori. Tali componimenti, infatti, osservava, si basano sopra un bilancio che non ha altra garanzia all'infuori della parola dell'oberato, la quale troppo spesso si risolve in una vera mistificazione. L'amministrazione privata della sostanza per conto dei creditori durante o dopo le trattative non serve ordinariamente che ad assottigliare il patrimonio. D'altra

---

clusion du concordat est antérieure à la vérification et à l'affirmation des créances, on peut croire à tort qu'il a été conclus avec tous les créanciers; il est possible qu'ils ne soient pas tous connus.

« Depuis la loi du 4 mars 1889 on peut soutenir avec raison que les concordats amiables après faillite sont nuls. L'art. 16 de cette loi déclare « nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes du concordat judiciaire » (Lyon Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial,* Paris, 1904, VII ed., pag. 813).

(1) *Giur. Ital.*, 1897, parte V, pag. 23 e segg.

(2) Bolaffio « I componimenti privati per evitare il fallimento » (*Temi Veneta*, 1886, pag. 133 e segg., n. 2).

parte è raro il caso che il componimento si effettui per la somma difficoltà dell'unanimità dei creditori (1), ovvero lo si ottiene con danno della giustizia, perchè, ove pure il proponente abbia l'assenso dei più corrivi e benevoli alle condizioni proposte, quei creditori che si tennero in disparte o si mostrano restii, o vendono cara la propria adesione. E posto pure che l'accordo si combini assai spesso vi si manca ed il ritardo alla pronuncia del fallimento profitta nel frattempo al debitore per defraudare i creditori con atti che hanno, non foss'altro, la parvenza della legalità e quindi è ben difficile porre nel nulla » (2).

« Il quadro » prosegue il BOLAFFIO « è a tinte fosche, ma è tolto dal vero. Chi lo ha ritratto non ha lavorato di fantasia... E noi vogliamo ora stabilire con criterii esattamente giuridici che è interesse degli stessi creditori non accettare componimenti stragiudiziali coi commercianti che sono in istato di cessazione dei pagamenti ».

A distanza di 17 anni il BOLAFFIO conserva ancora le antiche opinioni e nel definire e classificare i concordati nega senz'altro al concordato amichevole stragiudiziale la dignità di questo nome: « Concordato » egli scrive (3), con una definizione veramente molto discutibile « è il contratto *giudiziale* fra debitore e creditori all'effetto di far cessare o di impedire lo stato di fallimento e la relativa procedura, contratto per la cui validità e obbligatorietà di fronte a tutti i creditori è sufficiente l'adesione delle maggioranze legali dei medesimi, purchè, in ogni caso, l'accordo sia omologato dal tribunale ».

Di qui il BOLAFFIO deduce che il concordato è sempre giudiziale e che « se i creditori si combinano col debitore comune fuori del giudizio, sia pure collettivamente, non si

(1) Quest'idea della necessità dell'unanimità dei creditori per la valida conclusione del concordato amichevole stragiudiziale mi sembra inesattissima. Non posso qui, per ragione d'ordine sistematico, dimostrare quest'asserto, e lo farò più avanti ampiamente: ma fin d'ora mi si consenta di osservare come quest'inesattezza tolga un argomento di capitale importanza a questa severa critica dell'istituto.

(2) FEDERICI, *Relazione dei lavori compiuti dal Tribunale di commercio di Venezia nell'anno 1885.*

(3) BOLAFFIO, *La legge sul concordato preventivo*, ecc., cit., pag. 21.

tratta più di concordato, bensì d'un componimento privato, d'un contratto, liberatorio o dilatorio, conchiuso fra il debitore e i suoi creditori *uti singuli*, ciascuno per proprio esclusivo interesse, e che *non produce alcuna delle conseguenze proprie del concordato »*.

12. Ecco: se il Bolaffio intende fare una questione di nomi, usi pure a sua posta l'espressione di componimento amichevole anzichè quella di concordato stragiudiziale: ma quando viene a dire che questi « componimenti amichevoli » non producono alcuna delle conseguenze proprie del concordato, mi pare che incorra in un grave errore. A buon conto egli ha pur detto nella sua definizione che il concordato « è un contratto giudiziale all'effetto di far cessare o di *impedire* lo stato di fallimento ». Ora questo secondo scopo è o no proprio anche del « componimento amichevole? » Ecco dunque che il Bolaffio, involontariamente, viene a comprendere nella sua definizione di « concordato » anche il « componimento amichevole ». L'inciso « o di impedire » sarebbe stato perfettamente inutile, se il Bolaffio non avesse ceduto a questa verità, perchè il concordato giudiziale, il vero concordato, fa cessare, ma non impedisce la procedura di fallimento. Impedirla significa evitarne la dichiarazione, l'apertura, e quest'effetto speciale non può ottenersi che dal concordato stragiudiziale, o componimento amichevole che dir si voglia (1).

---

(1) Vero è che il Bolaffio aggiunge, nell'ultima parte della sua definizione: « purchè, in ogni caso, l'accordo sia omologato dal Tribunale ». Ma che cosa dovrà meglio valere a dar la figura giuridica d'un istituto contrattuale, lo scopo, l'oggetto, la causa, per cui è posto in essere, ovvero una circostanza specialissima, com'è quella della cautela dell'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria, imposta solo per le ragioni d'interesse pubblico già esposte, e indipendente completamente dalla natura dell'istituto stesso? Elevare quest'intervento del magistrato ad elemento essenziale del contratto è, secondo me, grave errore.

Anche qui, sulla via di dimostrare quest'asserto, mi tocca fermarmi, per ragione d'ordine e di sistema, che m'impone di non ingombrare qui il campo con una discussione delicatissima. Si vede però fin d'ora come questa questione sia grave, in quanto si presenta nella trattazione ad ogni piè sospinto.

13. Comunque, in quella carica a fondo contro il concordato amichevole stragiudiziale, in quella lunga e minuta esposizione dei mali che ne derivano potrà esserci una gran parte di vero, ma, come osserva egregiamente il Rocco, « Tutto questo..... ha il difetto capitale di provar troppo. Perchè la conclusione logica di quelle osservazioni non è già la necessità d'una regolamentazione legislativa del concordato amichevole (stragiudiziale) fuori della moratoria o del fallimento, ma la *soppressione del concordato amichevole stragiudiziale come tale.* Se la regolamentazione legislativa del concordato amichevole stragiudiziale ha da aver per iscopo di evitare gli inconvenienti a cui esso dà luogo, ora che la legge lo lascia alla libera iniziativa delle parti, sotto la semplice osservanza dei principii generali del diritto contrattuale, le norme che si vorrebbero scritte nel Codice di commercio dovrebbero esser tali da assicurare l'uguaglianza fra i creditori, la protezione degl'interessi dei creditori più deboli e lontani, l'integrità dell'attivo. Ma tutto questo non si può ottenere senza una procedura, sia pur semplice e sommaria, di verificazione dei crediti, senza un controllo giudiziario sull'azienda del debitore, senza un esame accurato delle condizioni del concordato, senza cioè quella pubblicità che il concordato amichevole stragiudiziale si propone appunto di evitare. Chi vorrà più accordarsi amichevolmente prima del fallimento, quando questi accordi avranno tutti gl'inconvenienti della procedura di fallimento, senza nessuno dei vantaggi di quest'istituto? Se si ritiene il concordato amichevole stragiudiziale un istituto pieno di inconvenienti pratici, ingiusto ed illogico, lo si bandisca senz'altro con un divieto espresso, ma non si pretenda di regolarlo con norme che gli toglierebbero quella caratteristica, la quale gli dà una fisonomia propria e ne costituisce l'unica ragion d'essere, la caratteristica cioè di essenzialmente stragiudiziale » (1).

Ed il Guariglia ribadisce questi concetti osservando: « Anche dove tali disposizioni, tendenti ad evitare tutti quegli inconvenienti, furono emanate, ben presto risultò chiaro che alle pastoie della legge, appunto, le parti vole

(1) Rocco, pag. 223.

vano sottrarsi e che esse, non curando l'opera del legislatore, continuavano a risolvere e regolare alla buona fra di loro i loro interessi » (1).

14. A questa constatazione del GUARIGLIA, a quelle così geniali osservazioni del Rocco, mi parrebbe di non aver altro da aggiungere, se non forse questo: che quante volte l'osservazione e la critica si trovano in contrasto con la pratica dei fatti, non è a questa che bisogna dar torto. Or la pratica dei fatti dimostra che il concordato stragiudiziale viene usato sempre più largamente. Da una parte i creditori, i quali (con buona pace degl'illustri avversarii) non hanno certamente bisogno di alcun dotto consiglio per saper fare i loro interessi, dimostrano di ricorrere sempre più volentieri ad un amichevole componimento: d'altra parte i debitori vi aspirano con ogni loro sforzo, e si capisce: tutti insieme lo preferiscono di gran lunga alla procedura di fallimento, come ad ogni altra forma di concordato, e quando non vi ricorrono, vuol proprio dire che non v'è nessuna speranza di riuscirvi, chè altrimenti non se ne lascerebbero sfuggire l'occasione.

Gli è che questa forma speciale d'accordo, appunto perchè previene ed evita il fallimento, risparmia pubblicità, risparmia spese, risparmia tempo.

Tre vantaggi, ognuno dei quali ha un'importanza veramente decisiva. Quella del primo si intuisce facilmente. Il fallimento, con la necessaria pubblicità in cui debbono compiersi tutti gli atti che ne costituiscono la procedura, portando a notizia d'un grandissimo numero di persone che l'azienda è oberata di debiti e fallita, le gitta addosso un grande discredito, di guisa che si scambierà molto facilmente per incapacità produttiva dell'azienda stessa quanto può essere effetto o della sventura o del caso, o, magari, dell'incapacità personale del fallito, salvato, o, magari, sostituito, il quale potrebbe benissimo l'azienda riprender vita e vigore e far di nuovo fronte agl'impegni. Chi potrebbe, ritenendo

(1) GUARIGLIA, op. cit., pag. 117.

come transitorie le precarie condizioni dell'azienda stessa, che pur conosce o stima proficua, recare un contributo di capitali o d'opere preziosissimo, nel momento in cui ve ne sarebbe maggior bisogno, e così salvare ogni cosa dall'estrema rovina, se ne ritrarrà, sfiduciato d'ogni vantaggio presente o futuro, se gli consti che quel discredito sia divenuto di ragion comune. Un'atmosfera di sospetti, di dubbii, di diffidenze si viene addensando per necessità di cose, se non pei loschi maneggi di chi vuol gettare il discredito su tutta l'azienda, per poi acquistarla, in liquidazione definitiva fallimentare, a prezzo irrisorio. L'ambiente così non è più affatto calmo e sereno. E certi ripieghi, certe soluzioni felici che sarebbero possibili, non solo, ma mirabilmente efficaci, se la notizia del dissesto non avesse oltrepassato la ristretta cerchia dei più direttamente interessati, o non sono più attuabili assolutamente, o, anche attuate, non danno più che scarsi risultati pratici.

Il vantaggio d'un forte risparmio di spese è pur la conseguenza naturale del concordato amichevole stragiudiziale. Noi vediamo spesso le parti, in moltissime contestazioni, transigere anzichè ricorrere alle vie giudiziali, o, se proprio non si può transigere, rinunciare ai proprii diritti, perchè, quand'anche il magistrato dia ragione, c'è il rischio di rimetterci molto di tasca propria. Ora in materia di fallimenti questo stato di cose si ripete quasi sempre. Quando pure non c'è un curatore il quale, prima che l'interesse della massa creditoria, curi l'interesse proprio, e, per esempio, se è un ragioniere, abbia ad ogni momento bisogno di consiglio e d'aiuto da un legale, ovvero, se è un avvocato o un procuratore, senta la necessità della guida quasi costante d'un contabile; sta il fatto che la lunga serie degli atti porta proprio via la prima e miglior parte dell'attivo, sì che molto spesso, per lungaggine di procedimento e impreveduta complicazione di spese, un dissesto, incominciato con un attivo rispettabile, si chiude malinconicamente per insufficienza. Quest'inconveniente, che pur si presenta nel concordato stragiudiziale, ove pur è facile che qualcheduno, o creditore o intermediario estraneo, speculi sulle sventure del prossimo, è però qui molto più facilmente evitabile, e

comunque non così lungo, insistente e pericoloso come nella vera e propria procedura di fallimento.

Il risparmio di tempo ha poi un vantaggio forse superiore a tutti gli altri. Intanto li presuppone; perchè: in primo luogo, quanto più ci si affretta a trovare una soluzione al dissesto, tanto meno questo apparirà al di fuori; in secondo luogo, saranno altrettanto minori le spese. Comunque, anche considerato in sè, questo vantaggio è fondamentale. In nessun campo, come nel commercio, in cui ogni arresto ha una ripercussione larghissima, dovuta alla enorme complessità e concatenazione dei rapporti e degli interessi, in nessun campo, dico, come in questo, si può constatare la verità profonda del proverbio inglese: « Time is money ». Ora la procedura di fallimento porta con sè, inevitabilmente, una grande lentezza, che si collega alla stretta necessità delle operazioni tutte da cui risulta. Non è che la nostra legge sia perfetta in questa parte, sì che non possa immaginarsi una maggior rapidità in queste operazioni. Non tocca a me ripetere qui quel che è stato detto da cento autori, quel che si osserva ogni giorno nella pratica costante dei fatti; che cioè il fallimento, quale si presenta in Italia ai nostri giorni, è di una lentezza eccessiva, desolante, causa non ultima di molti dispendii e d'un assottigliamento dell'attivo dell'azienda fallita, e causa principale per cui i creditori, certo con maggior rischio e senza le cautele che son proprie del fallimento, si inducono ad accettare un componimento amichevole purchessia. Cosicchè si può ben rispondere che ad evitare il concordato stragiudiziale, per quel che ha in sè, innegabilmente, di pericoloso, non ci hanno a pensare i creditori, come vorrebbe il BOLAFFIO, ma la legge; e ciò non abolendo una libera forma di contratto, chè non potrebbe; ma abbreviando quella procedura di fallimento, che, così com'è, non finisce mai!..... (1) Certo, finchè non si sarà provveduto in questo senso, nessun autorevole con-

(1) È però giusto riconoscere che l'applicazione della legge è ancor più trascurata della legge stessa. E così spesso non si tien alcun conto dei termini che la legge ha fissato, e ciò solo per la burocratica lentezza di movimento che paralizza gli uffici giudiziarî o per le impreviste e sconosciute convenienze dei curatori o delle delegazioni di sorve-

siglio varrà a trattenere i creditori da una forma d'accordo, che, pur presentando dei pericoli, è tuttavia per loro il minore di tutti i mali e quindi la più conveniente delle soluzioni.

La pratica dunque insegna che dei concordati amichevoli stragiudiziali se ne fanno tutti i giorni, ed a spiegazione di questa frequenza suggerisce la lentezza della procedura fallimentare. A questo inconveniente il concordato stragiudiziale mirabilmente provvede, ferma restando, come un certo freno agli abusi ed alle frodi, la minaccia del fallimento.

Non nego dunque che il concordato amichevole stragiudiziale si presti alle frodi, e presenti quindi gravi inconvenienti e pericoli; affermo solo che, allo stato attuale della nostra legislazione fallimentare, esso si presenta utilissimo, come lo dimostra la frequenza delle sue applicazioni; che, per conseguenza, è eccessivo lo sconsigliare i creditori dal servirsene, il bandire, in certo modo, l'ostracismo contro di esso. D'altra parte, che il concordato stragiudiziale possa rappresentare e rappresenti di fatto, in certi casi, un vantaggio notevolissimo, ha dovuto riconoscere lo stesso BOLAFFIO, là dove scrisse: « Il concordato preventivo ha da potersi conchiudere con rapidità ed economia. Se potesse effettuarsi *senza pubblicità, stragiudizialmente, sarebbe l'ideale* dei componimenti! » (op. cit. pag. 7).

15. In verità, si presentano a volte nel diritto certi istituti, la cui bontà non va giudicata separandoli dal gruppo in cui si trovano, analizzandoli nelle singole circostanze e conseguenze a cui possono dar luogo; ma deve essere studiata esaminandoli nel loro complesso, come parti d'un ramo speciale del diritto, che tutto risente l'influenza di condizioni peculiarissime. Ed il concordato è proprio uno di questi istituti. Anche stragiudiziale, esso rientra pur

glianza. Citerò un esempio solo, ma potrei facilmente moltiplicarli. L'art. 763 ult. capov., assegna al giudice delegato il termine di 15 giorni dalla chiusura del verbale di verifica dei crediti, per fissare un'udienza per decidere (se di sua competenza) o far decidere dal Tribunale sui crediti contestati. Or bene, quante volte si tien conto di questa prescrizione e si sta a questi termini?.....

sempre nel diritto fallimentare, perchè presuppone sempre lo stato di fallimento (1). Ora si può ben dire che tutti quei danni che si rimproverano al concordato stragiudiziale, sono, presso a poco, danni propri anche del fallimento.

Fin che il commerciante si trova in condizione di poter far fronte ai suoi impegni, tutto procede benissimo: ma il guaio, e guaio serio, comincia dopo. Qualcuno dei creditori resta sempre più sacrificato degli altri, non fosse che per circostanze personali eventualmente inerenti al suo credito, e quand'anche nel fallimento venga attuata, per quanto è possibile, l'uguaglianza assoluta fra i creditori, stabilita con tanta rigidità dalla legge. Chi ha un po' di pratica di queste cose sa molto bene, che per quanti sforzi abbia fatti il legislatore affinchè tutto proceda secondo onestà, per quante e quanto gravi sanzioni abbia comminato contro le frodi, i falliti, o chi per loro, sogliono trovare mille ripieghi, mille astuzie e congegni del caso, per ingannare e legge e creditori ad un tempo. E corre, ahimè!, sulla bocca di tante persone un po' pratiche di queste cose, il detto che la prima fortuna di certi negozianti è il loro primo fallimento. È una frase, ma corrisponde molto spesso alla verità. Qualunque considerazione filosofica si voglia o si possa fare sull'onestà e sui premii che essa merita, avviene in realtà molto spesso che il commerciante fallito, il quale si sia messo da parte un buon gruzzolo, salvando, si capisce, le apparenze e sfuggendo alla legge, vede creditori vecchi e nuovi gareggiare nell'aprirgli nuovo credito. Colui invece che, colto nell'esercizio del suo commercio da un'impotenza ai pagamenti, la quale dipenderà magari da sventura od altro, ha dato onestamente tutto il suo ai creditori, si trova spesso chiusa ogni via a nuovo credito.

Non è giusto dunque rimproverare esclusivamente al concordato amichevole stragiudiziale danni che son propri anche del fallimento, del quale tuttavia nessuno disconosce la necessità, l'utilità, l'importanza. Non c'è troppo da fidarsi dei commercianti in procinto di fallire, sta bene; ma mi pare che, in genere, non ci sia da fidarsi di più dei falliti.

---

(1) Rocco, n. 1, pag. 1-3.

Si tratta sempre delle stesse persone, e potrebbe parere assurdo il voler distinguere secondo che sieno appena in procinto di fallire ovvero sieno già falliti. Ma se è vero che una stessa persona, posta in condizioni differenti, agisce diversamente, può bene ammettersi che il commerciante, naturalmente inclinato a condursi con onestà quando sull'orlo della rovina trovi gente disposta a salvarlo, si lasci andare invece ad indelicatezze ed abbandoni ogni scrupolo, quando si veda rovinato del tutto! Il permettergli di continuare il suo commercio, con la soddisfazione d'aver ben regolati i suoi rapporti coi creditori, con quella maggior lena ed attività che gli viene dal desiderio di liberarsi al più presto anche dal ricordo di quel grave pericolo, al quale è riuscito a scampare, è tal benefizio, anche morale, che val bene qualche danno, qualche rischio individuale. È forse minore, a volte, il danno che la minoranza dei creditori risente dall'esserle imposto un accomodamento dannoso o dal veder cadere la proposta d'un componimento utile, nella legalissima forma del concordato di fallimento?

16. Ma il concordato amichevole stragiudiziale presenta un altro vantaggio: quello di ***potere,*** unico fra tutti gl'istituti del diritto fallimentare, essere concluso fra un debitore non commerciante ed i suoi creditori.

È ormai comune opinione dei migliori nostri scrittori che il fallimento, come forma d'esecuzione collettiva, dovrebbe essere esteso anche ai debitori non commercianti. Più genialmente di tutti il VIVANTE, nel bellissimo articolo già citato (« Il fallimento civile »), dopo aver largamente lodato i legislatori che hanno già attuata questa riforma, ne espone largamente i vantaggi, specialmente in rapporto all'agricoltura, la quale dall'estensione del fallimento ai non commercianti riceverebbe notevolissimo impulso (1). E il BOLAFFIO, nella

(1) « Noi, più avanzati in principio, più arretrati oggidì, restiamo fermi in un sistema processuale che non raggiunge efficacemente il fine dell'uguaglianza, mentre paesi che esperimentarono un sistema più ingiusto del nostro, con una vigorosa reazione contro di esso vi rimediarono adottando un'esecuzione collettiva essenzialmente uguale per ogni specie di cittadini, secondo le tendenze della vita moderna così

sua pregevolissima relazione della Commissione ministeriale per la revisione del Codice di commercio, ha pure pagine splendide, ispirate allo stesso criterio (1).

17. Le obbiezioni che sogliono farsi all'estensione del fallimento e del concordato ai non commercianti sono brevemente esaminate dallo stesso VIVANTE (2), e più largamente

---

contraria alla distinzione di classi, sempre più organicamente omogenea nell'attività economica e nel diritto » (loc. cit., pag. 210).

Proponendosi di spiegare come mai alle aziende agricole il credito non affluisca, il VIVANTE continua: « Forsechè le aziende commerciali dispongono d'una fortuna maggiore delle aziende rurali? no, certamente: ve n'ha di gagliarde e di gracili in ogni campo; anzi v'è da considerare che molte aziende commerciali sorsero dal nulla col solo aiuto del lavoro, mentre le aziende agricole hanno di regola il loro fondamento in una fortuna ereditaria. Forsechè il credito rifugge dall'agricoltura perchè minore vi è la probità? nessuno vorrebbe asserirlo, e se si riflette agli egoistici consigli della speculazione si sarebbe tentati di credere che la probità è più difficile e quindi meno scrupolosa fra i commercianti. Forsechè dipende dalla misura del compenso? meno che mai, perchè la ragione degl'interessi è più aspra nelle operazioni del credito agricolo. Forse dipende dalla natura dell'industria agricola, che riproduce più lentamente il capitale impiegato, e quindi deve tardare a restituirlo? ma gl'istituti di credito avrebbero saputo adattare la propria funzione anche a queste esigenze, contentandosi di rimborsi rateali composti degl'interessi e d'una quota progressiva del capitale... Come dunque avviene che il capitale dalle banche scende spontaneo ad irrigare il campo dell'attività commerciale e si arresta sul limitare delle aziende rurali?...

« Convien credere che il denaro sia corso al credito commerciale, perchè quivi la sua restituzione alla scadenza pattuita è garantita dalla minaccia del fallimento e dai vantaggi che questa procedura porta con sè.....

« E in generale: nell'assiduo intreccio dei rapporti economici non possono coesistere due leggi diverse di puntualità: la dissonanza delle leggi, l'una severa, l'altra indulgente pei debitori, deve condurre, per necessità di cose, più o meno rapidamente, a crisi tanto più incurabili, quanto più esteso e penetrante fu il disordine giuridico che le ha preparate » (loc. cit., pag. 219).

(1) Il BOLAFFIO, citando a questo proposito l'autorità del KOHLER (*Lehrbuch des Konkursrecht*), scrive: « Allorchè lo stato patrimoniale del debitore conduce ad una perdita sicura, è indispensabile che l'individualismo per cui ogni creditore cerca di prevalere sugli altri e salvare per sè il salvabile, si pieghi. Conviene ordinare una procedura che, fin dove è possibile, ripartisca la perdita proporzionalmente fra tutti. L'azzardo deve cessare di tiranneggiare. Non è ammissibile che taluno con un'esecuzione rapida si attribuisca il tutto, mentre gli altri creditori nulla più ricevono. Il progresso più attivo che il diritto possa compiere è di rinvenire una procedura che ponga termine al privilegio del creditore isolato, attuando un sistema di contributo che divida le perdite in modo uguale. Il diritto di fallimento è il diritto del contributo sociale dei creditori ».

(2) VIVANTE, loc. cit., pagg. 230-231.

studiate e rimosse dal Rocco (1). I due illustri autori discordano in questo: che, consci tutti e due dell'utilità massima dell'estensione del fallimento ai non commercianti, l'uno, il Vivante, concepisce anche indipendentemente da quella l'estensione del concordato; l'altro, no: e giustamente rileva che nessuno dei creditori consentirà ad una riduzione proporzionale dei proprii diritti, se mediante una rapida esecuzione individuale, può sperare di essere soddisfatto per intero, a danno degli altri creditori. In ciò concorda anche il Bolaffio, e non si può negare che, dal punto di vista pratico, l'osservazione sia veramente profonda.

Così pure, per quanto riguarda il concordato amichevole stragiudiziale, il Rocco osserva che esso, « se non è un'impossibilità giuridica pel debitore non commerciante, è un'impossibilità pratica, pel nessun interesse che i creditori hanno a conseguirlo ».

E sta bene. Ma intanto *potrebbe* accadere che i creditori d'un debitore civile, raccogliendosi, risolvessero le loro differenze col debitore comune nella forma d'un concordato amichevole stragiudiziale. Probabilmente i creditori stessi, cui la inapplicabilità della procedura di fallimento consente l'esecuzione individuale ed isolata, *non vorranno* servirsi di questo mezzo; ma a me importava di far rilevare che se, per quel senso di solidarietà che si fa sempre più vivo con la maggior complessità dei rapporti economici, *volessero, potrebbero.*

Ciò significa, in altre parole, che in un momento, in cui si sente d'ogni parte l'utilità e la necessità di estendere ai non commercianti la procedura di concorso, come un grande vantaggio per loro e pei loro creditori, c'è, fra tutto il complesso degl'istituti che al fallimento si collegano, un solo istituto che si porga ad ovviare, in qualche modo, a quella grave insufficienza; ed è il concordato amichevole stragiudiziale, il quale, per essere fra gl'istituti fallimentari il più indipendente dal fallimento, può, se i creditori lo vogliano, servire a comporre un'insolvenza civile.

Per un'altra via si dimostra l'utilità e l'importanza di questo istituto, il quale, senza portare tutti i danni, reca

(1) Rocco, op. cit., pagg. 9-17.

molti dei vantaggi del fallimento, come procedura istituita a beneficio della massa creditoria. L'articolo 683 del Codice di commercio pone come requisito essenziale perchè vi sia fallimento che la cessazione dei pagamenti si riferisca a debiti commerciali. Questo requisito fu oggetto di critiche, ed in verità non pare giusto; perchè, sebbene il fallimento sia un istituto di sua natura commerciale, sembra iniquo farne proprio un privilegio dei commercianti. Ecco che, non potendosi dichiarare il fallimento d'un commerciante per debiti civili, il commerciante stesso, se abbia ad un tempo debiti civili e commerciali, pagherà sempre questi, per l'insolvenza dei quali può fallire, a detrimento di quelli; ma col concordato stragiudiziale anche i debiti civili possono ricevere la loro soddisfazione alla stregua dei commerciali, e vengono ad assumere, com'è equo, lo stesso valore e la stessa posizione.

Tutto ciò è possibile perchè il concordato amichevole stragiudiziale, la cui importanza mi par già sufficientemente provata da quanto ho detto fin qui, è fra i concordati l'unico che sia indipendente dal fallimento; in questo senso mi pare esatta l'espressione del titolo: concordato amichevole stragiudiziale ***in limite*** di fallimento, come quella che fermerebbe subito questi due concetti, entrambi fondamentali per l'intera trattazione:

a) Che il concordato stragiudiziale è l'unico che possa aver luogo prima della sentenza dichiarativa di fallimento; e ciò si connette così strettamente alla sua natura, che dopo la sentenza dichiarativa, a parte l'erronea creazione dell'art. 830, non vi può essere, a rigore di logica e, ***de jure condendo,*** non ci dovrà essere concordato nè amichevole, nè stragiudiziale;

b) Che tuttavia il fallimento, come procedura diretta a tutelare la massa creditoria, proietta tutta la sua luce sul nostro istituto.

Questi due concetti, opportunamente applicati, formeranno necessariamente la base della trattazione seguente.

CAPITOLO II.

La figura giuridica del concordato amichevole stragiudiziale. Caratteri fondamentali.

SOMMARIO. — 18. Il c. a. s. è un contratto? — 19. Dubbî pel c. giudiziale, in cui le deliberazioni della maggioranza dei creditori sono obbligatorie anche per la minoranza dissenziente (art. 840 codice comm.). Importanza della questione* — 20. Ma il c. a. s. è certamente un contratto. — È un contratto unico? — 21. Importanza e conseguenze pratiche della questione. — 22. Il SALVIA parla d'una serie di contratti. — 23. Così pure il GUARIGLIA ed il BONELLI. — 24. Opinione contraria del VIDARI, del RAMELLA e del ROCCO. — 25. Opinione intermedia del LANNI. — 26. Il c. a. s. è un contratto unico. — 27. Confutazione alle obiezioni del SALVIA. L'unicità: *a*) in rapporto all'oggetto del c. a. s. — 28. *b*) In rapporto all'uguaglianza di trattamento pei varî creditori. — 29. Il c. a. s. è un contratto bilaterale? — Il BONELLI e la Corte d'appello di Genova lo negano. Importanza pratica della questione in rapporto all'art. 1165 cod. civ. — 30. Vantaggi per entrambi i contraenti. — 31. Continuazione e conclusione. — 32. Il c. a. s. è un contratto commerciale.

* *L'art. 840 cod. comm. e l'art. 1130 cod. civ. — Considerazioni intorno alla natura giuridica del concordato giudiziale.* (Appendice al cap. II).

18. La natura contrattuale del concordato amichevole stragiudiziale è così evidente e palese, che si può asserirla senza alcuna di quelle pur lievi dubbiezze che circondano il medesimo asserto, relativamente al concordato obbligatorio. Qui, infatti, appunto l'obbligatorietà per la minoranza dissenziente delle deliberazioni prese dalla maggioranza legalmente formata (art. 840 Cod. comm.) ha dato origine, in dottrina ed in giurisprudenza, oltrechè a discussioni eleganti, anche, molto spesso, a gravi errori. È principio indiscusso di diritto, derivato alla legge moderna fin da quella romana, e universalmente riconosciuto, che un contratto non può aver effetti se non pei contraenti, non può riguardare i terzi, principio espresso chiaramente nel noto aforisma *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest.* Or come mai, si domanda, il concordato giudiziale ha il potere di vincolare anche i creditori che non hanno concorso con la loro volontà a costituirlo (assenti), e perfino quelli che hanno espresso volontà contraria (dissenzienti)?

19. La questione era troppo importante (già due volte, nel corso di queste brevi pagine, si è presentata indirettamente al mio esame, ed a breve distanza me la trovo ancora di fronte, e questa volta direttamente), l'anomalia giuridica, forse più apparente che reale, era ad ogni modo troppo grave e palese perchè le menti degli scrittori, sempre lieti di discutere, anche se la discussione ha un'importanza pratica molto incerta, non vi si affaticassero intorno a costruire eleganti teoriche. Specialmente gli scrittori tedeschi, meglio adatti pel loro temperamento alla fatica sottile, ne misero fuori un gran numero, di sfumature diverse. E qualcuna è giunta persino a mettere in dubbio o a negare senz'altro che il concordato giudiziale sia un contratto!

L'esame di tutte queste dottrine non è privo di interesse non solo per la retta interpretazione delle norme giuridiche che governano il concordato giudiziale, ma anche pel concordato amichevole stragiudiziale, che con questo ha moltissimi punti di affinità. Val dunque la pena di indugiarvisi un poco. Ma poichè questo esame non troverebbe qui il suo luogo opportuno, così mi propongo di analizzare più avanti, con una appendice, le più importanti fra quelle dottrine. E per questo mi sarà preziosissima guida il Rocco, il quale, nel suo magistrale volume, le ha già analizzate e studiate con mirabile perspicacia; sebbene egli stesso, dopo averle demolite ad una ad una con poderosi argomenti, ne abbia costruita una per suo conto, che non mi pare, per verità, meno inesatta di quelle. *

20. Comunque, per quel che riguarda il concordato amichevole stragiudiziale, che questo sia un vero e proprio contratto non fu e non poteva esser messo in dubbio da alcuno. L'*in idem placitum* delle parti che lo conchiudono (il debitore oberato ed i creditori) è evidente: d'altronde qui non v'è, ad annebbiare la chiarezza di questa natura contrattuale, vincolo di sorta per chi non ha partecipato al concordato. Qui i creditori da una parte, il debitore dall'altra si accordano, con effetto limitato a sè stessi, ciascuno *uti*

---

* V. appendice a questo capitolo, pag. 44 e segg.

singulus, per sciogliere o modificare gli antichi rapporti e costituirne de' nuovi, a seconda dei casi. Siamo dunque in piena nozione scientifica di contratto, secondo i più elementari insegnamenti del diritto civile.

21. Si presenta qui invece, quasi per compenso, una questione, e importante, che manca affatto nel concordato giudiziale.

Tra i due istituti passa questa differenza notevolissima: che il concordato giudiziale, essendo concluso durante il fallimento, vien posto in essere dalla massa dei creditori; è quindi l'assemblea quella che decide sulla proposta di concordato: lo stragiudiziale invece, essendo concluso prima e indipendentemente dal fallimento, vien posto in essere da ciascun creditore *uti singulus,* cioè con effetto limitato alla parte che lo riguarda direttamente. Per conseguenza nel primo caso i contraenti sono due: il fallito e l'assemblea, la quale, se bene non possa considerarsi, come qualcuno ha voluto ritenerla, una persona giuridica (1), ha tuttavia l'effetto di raccogliere i creditori tutti in un'unità di fronte al debitore comune: nel secondo caso, invece, i contraenti sono *più,* cioè il debitore da una parte e i creditori *uti singuli* dall'altra.

Di qui poteva ben nascere il dubbio se, in questo secondo caso, anzichè d'un contratto unico, non fosse opportuno parlare di tanti contratti quanti sono i creditori che addivengono al concordato stragiudiziale.

La questione è molto importante, e merita d'essere ampiamente discussa, perchè non ha soltanto una portata teorica, ma anche conseguenze pratiche notevolissime (2). Se si

---

(1) Bonelli, « La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale » (*Rivista ital. per le scienze giur.*. 1889, 191).

(2) A torto, secondo il mio modesto avviso, nega quest'importanza il Bonelli (*Comm. Cod. di comm.*, volume VIII, cit., parte II, pag. 656, nota 2): « La disputa se il concordato sia un contratto unico o più contratti non ha nessuna portata pratica; e nemmeno teorica, se non si precisa il senso in cui si prende la parola « contratto ». Se con essa si intende alludere al « rapporto » contrattuale, al « vincolo obbligatorio », indubbiamente nel concordato si hanno sempre « più » contratti, poichè ogni rapporto tra debitore e creditore ha esistenza distinta e indipendente dagli altri..... È così che il Lohr vede un contratto plurimo nel concordato anche giudiziale, in cui egli disconosce l'esistenza

ammette, infatti, col Salvia (1), che il concordato amichevole stragiudiziale non sia un contratto unico, ma una serie di contratti, paralleli, sì, ma ben separati e distinti, non si può negare che (come il Salvia stesso conclude da quella premessa) non il concordato come contratto unico si dovrà provare, ma dovranno provarsi i singoli contratti che lo compongono (2). Basta, credo, questo riflesso pratico per mettere in luce l'importanza ed il valore della questione.

22. « L'elemento più specioso » scrive il Salvia, « a cui si è avuto riguardo per dare ai varî accordi amichevoli fra

---

del soggetto « massa ». Se si intende alludere alla « formazione » materiale dell'accordo ed all'« obbietto » o contenuto di esso, si avrà l'unità del contratto nel concordato giudiziale, la pluralità o l'unità secondo i casi nell'amichevole. Si avrà poi sempre l'unità, quando i creditori accettano un modo di soddisfazione in comune, come nel concordato per abbandono. Se infine, come noi preferiamo, si assume come criterio dell'unità contrattuale l'unità del « subbietto » insieme a quella del contenuto, per modo che non possa mai dirsi unico un contratto, in cui più persone stipulino o promettano ciascuna per sè, allora si dovrà ritenere che il concordato giudiziale, perchè fatto tra il fallito e l'ente « massa », sia un contratto unico, ancorchè ne derivino più rapporti obbligatorii, stante la comprensione e rappresentazione dei singoli nella « massa », ed invece quello amichevole, perchè stipulato tra il fallito ed i singoli creditori, sia un complesso di contratti, anche se redatto in unico contesto e con uguali condizioni per tutti, ed anche se riunisca i creditori in comunione fra loro... »

Non consento con l'illustre autore. Quando si parla di contratto in genere non ci si riferisce nè al vincolo obbligatorio, nè alla formazione o all'oggetto, nè al soggetto del contratto stesso; bensì all'accordo di due o più volontà che costituisce, modifica o scioglie un vincolo giuridico. È all'elemento volontà che bisogna aver riguardo: e nel concordato giudiziale o stragiudiziale, la volontà dei creditori che vi acconsentono è una sola. Comunque, non è vero che la questione, da qualunque aspetto la si consideri, non abbia importanza pratica. La conseguenza, citata nel testo, che ne deriva immediatamente, ne costituisce la prova più chiara.

(1) Salvia, *Sull'ammessibilità della prova testimoniale relativamente all'esistenza e condizione di quegli accordi conosciuti sotto il nome di concordati amichevoli* (*Il Filangieri*, ottobre 1885, parte I).

(2) Per conseguenza, secondo il Salvia, questi contratti distinti si potranno provare per testimoni, o meno, secondo che fossero suscettibili di tal prova i rapporti singoli, cui ciascuno dei nuovi vincoli obbligatorii risultanti dal concordato stragiudiziale è venuto a modificare. Questa teorica troverà ampia trattazione nella parte pratica, (cap. VII, n. 121). Qui basti averla accennata, a maggior prova dell'importanza della questione che sto esaminando.

creditori e debitore l'unicità di figura e di nome, è che in ciascuna di tali convenzioni c'è, per necessità d'essenza, una nota comune, cioè la rinuncia delle parti, dei creditori, a qualche diritto; rinuncia che si presenta con un carattere apparentemente speciale..... » Ora « questo concetto della remissione, o più largamente della rinuncia di natura particolare, pure ammettendolo in fondo con le debite restrizioni, non pare che valga a dare unicità di figura ai singoli rapporti ed a mutarne l'indole giuridica.

« Un contenuto eccessivamente vario possono offrire questi contratti, giacchè ogni creditore, con diversa convenzione, cerca di ottenere quel che può e come può. ***Manca dunque in primo luogo l'omogeneità dell'oggetto dei varî contratti*** che possono stringersi fra debitore e creditori: e manca in secondo luogo, ***e per necessaria conseguenza, l'identità di condizione.*** Nè le molteplici convenzioni sono riunite insieme da alcun legame o vincolo giuridico, in quanto che l'essere ciascuna di esse subordinata all'esistenza ed efficacia delle altre (giacchè, se uno solo degli interessati mette in moto l'azione dichiarativa di fallimento, ogni accordo si scioglie) non vale vincolo che renda unica la figura di quel rapporto.

« Riassumendo, adunque, possiamo conchiudere che il concetto di rapporto unico, sotto cui sonosi riguardati i singoli accordi di cui si tratta, è inesatto, perchè fondato su d'una astrazione. Ponendo mente all'effetto unico che da quelli deriva, alla necessità che insieme abbian vita, alla contemporaneità ed alla forma con cui ordinariamente si stringono tali vincoli, si è fatta astrazione da circostanze più rilevanti, quale la libertà in ciascuna parte di conchiudere o meno accordi, e la diversità dell'oggetto e delle condizioni alle quali si concludono.....

« Noi riteniamo, pertanto, che i così detti concordati amichevoli sieno convenzioni non pur distinte, ma, secondo i casi, diverse anche per natura giuridica e rientranti ciascuna in quella categoria costituita o designata dagli elementi speciali al singolo rapporto » (1).

---

(1) Salvia, loc. cit., pag. 665.

23. Aderisce apertamente a questa dottrina il Guariglia. « Mentre nel concordato giudiziale..... un unico contratto si stringe fra i paciscenti, tra la massa, cioè, dei creditori ed il debitore, ciò non accade e non potrebbe accadere nelle convenzioni di cui parliamo, perchè qui i creditori non riuniti in quel corpo speciale che si designa col nome di massa, vengono ciascuno per proprio conto, e nel modo che stimano migliore, a regolare i loro futuri rapporti col comune debitore » (1).

« I creditori non hanno alcuna relazione fra di loro, meno forse quella derivante dalla comune sventura che li minaccia; essi perciò stringono, ciascuno per sè, degli accordi col debitore; accordi che stanno ognuno per proprio conto, sieno essi compresi in uno o più atti..... » (2).

E della stessa opinione è il Bonelli (3), il quale osserva: « La divergenza, del resto, non sarebbe che teorica (sulla definizione del contratto unico) se non se ne traesse la conseguenza inaccettabile che « diventi comune ed inseparabile la condizione giuridica dei creditori concordatarî e del fallito (Vidari) » (4).

Finalmente, da quanto ho riferito nel capitolo primo, (n. 11) risulta implicitamente come anche il Bolaffio segua l'opinione del Salvia. Egli infatti si mantiene fermo a negare che il concordato stragiudiziale (ch'egli chiama sempre componimento amichevole) abbia alcuna delle conseguenze e dei caratteri del vero e proprio concordato. L'unicità del contratto vi sarebbe dunque nel concordato, ma non nel componimento amichevole, pel quale pure, secondo il Bolaffio, occorre il consenso di tutti i creditori.

24. L'opinione contraria è sostenuta recisamente dal Vidari, dal Ramella e dal Rocco.

« Si vede » scrive il Vidari (5) « che è un contratto unico per tutti i creditori che vi acconsentono. Errore è quindi

(1) Guariglia, op. cit., pag. 118.
(2) Guariglia, op. cit., pag. 120, nota.
(3) Bonelli, loc. cit., pag. 666, n. 717, nota (1).
(4) Vidari, n. 4929 (vol. IX).
(5) Cfr. nota prec.

anche il credere che si abbiano tanti contratti quanti sono i creditori che si accordano col fallito; imperocchè pure il concordato amichevole si conclude non già singolarmente da ciascun creditore (nel qual caso sarebbe inutile ed erroneo parlare di concordato), ma collettivamente da tutti, per modo che comune ed inseparabile diventa la condizione giuridica dei creditori concordatarî e del fallito ».

Come si vede, il Vidari non si occupa qui direttamente del concordato amichevole stragiudiziale, ma piuttosto di quello giudiziale e di quello amichevole di fallimento; d'altronde egli enuncia la sua tesi, meglio che dimostrarla con argomenti validi, come le poderose obiezioni del Salvia richiederebbero. Tuttavia la sua opinione è, a mio avviso, esattissima.

Nello stesso senso la pensa il Ramella (1); ma chi tratta l'argomento con maggiore ampiezza si è il Rocco, il quale, col solito acume mirabile, dimostra l'unicità del concordato in genere, di qualunque specie, in modo quasi esauriente (2).

25. Pare, almeno sotto un certo punto di vista, che abbia colpito giusto in questo dibattito il Lanni (3), il quale osserva, come per conciliare le due opposte tendenze, che tutto dipende dal particolare punto di vista dal quale si esamina la questione. Perciò « tale divergenza è, secondo noi, più apparente che reale, perchè il Salvia parte da una ipotesi diversa da quella degli altri scrittori.

« Il Salvia suppone che gli accordi fra il debitore e ciascuno dei suoi creditori sieno nella loro sostanza diversi: gli altri autori suppongono invece che tali accordi sieno uguali per tutti. Ora, nel caso considerato dal Salvia, è ben naturale che non si possa parlare di unico contratto avente una speciale figura giuridica, dal momento che in realtà tanti sono i contratti quanti sono i creditori, essendo il contenuto dell'uno diverso dal contenuto dell'altro. Ma se

---

(1) Ramella, *Trattato del fallimento*, Milano, 1903, vol. II, pagine 301-302.

(2) Rocco, op. cit., pagg. 216-218.

(3) Lanni, *Dei concordati amichevoli stragiudiziali*, nel *Filangieri*, 1891, parte I, pag. 388, *b*.

invece il contenuto del contratto sia unico per tutti i creditori, in tutte le sue modalità, e tutti lo accettino, come nell'ipotesi del VIDARI e degli altri, allora non sarà questo un contratto *unico,* avente una speciale e caratteristica figura giuridica? »

26. Credo anch'io, come il LANNI, che, data l'ipotesi del SALVIA, non si possa contestarne la tesi. Ma mi propongo di ragionare un po' su quest'ipotesi. Quando il debitore addiviene coi suoi creditori ad accordi *separati* e *distinti,* non si può parlare di contratto unico. E sia. Ma chi ha mai detto che il concordato, anche stragiudiziale, sia un complesso di accordi « separati e distinti? » Il concordato stragiudiziale, pel quale (lo dico fin d'ora recisamente e mi propongo di dimostrarlo più avanti) (1) non è affatto necessario il consenso di *tutti* i creditori, richiede invece imprescindibilmente che tutti coloro che vi acconsentano, lo concludano *insieme,* cioè partendo ciascuno dal presupposto dell'altrui accettazione, e su ciò fondando la propria. Non sono qui fusi, come nel concordato giudiziale, in un unico organismo, l'assemblea, la quale contrae direttamente col debitore, quando vi sieno le maggioranze legali, in luogo dei singoli creditori. Dispone qui ciascuno del proprio credito, ma ne dispone se ed in quanto sappia che altri ne disponga in modo uguale od analogo e con l'identico scopo. Non si deve dimenticare che, come esprime molto bene la parola stessa, il concordato, di qualunque forma, non è soltanto un accordo dei creditori col debitore, ma anche dei creditori fra loro: chè anzi si può ben dire che quello dipende da questo. Quando manchi tale accordo fra i creditori, quando ogni creditore, per suo conto ed all'insaputa degli altri, regoli col debitore i proprî interessi, non c'è, è vero, contratto unico, ma non c'è nemmeno concordato. In questi casi si hanno degli accordi speciali, validi se ed in quanto non si addivenga all'apertura del fallimento, questo aperto, non si possa impugnarli in base all'art. 709 Cod. comm. Ma non si può dire che vi sia vero e proprio concordato

(1) Cfr. cap. IV, n. 54 e segg.

stragiudiziale. Per questo è necessario l'accordo dei creditori fra loro; ma quando quest'accordo vi sia, non si può negare l'unicità del contratto.

Mi proverò a dimostrarlo, rimuovendo, l'una dopo l'altra, le due gravi obbiezioni del SALVIA.

27. Mancherebbe, in primo luogo, l'omogeneità dell'oggetto.

Ma che cosa si deve intendere, in questo caso, per oggetto dell'obbligazione?

Dei quattro requisiti essenziali d'un contratto (art. 1104 Cod. civ.) è certo che in questo caso non solo la capacità di contrattare ed il consenso, ma anche la *causa* è comune in tutti gli accordi. I creditori aderenti, di fatto, in tanto acconsentono ad un componimento amichevole, in quanto, sacrificandosi un po' per ciascuno, dividendosi quasi il danno amichevolmente, a quel modo stesso che il fallimento verrebbe a dividerlo fra loro forzatamente, contano di porre fine in questo modo ad uno stato di cose doloroso ed incerto che preme loro di liquidare e di risolvere nel più breve tempo possibile. Solo per questo scopo, e non per scopo di liberalità, come tutti gli autori convengono (e fra gli altri, e più acutamente degli altri il SALVIA stesso, allo scopo di dimostrare che il concordato non è una rimessione) essi rinunciano ciascuno a qualche parte del suo diritto. Ma l'oggetto del contratto sta tutto in questa rinuncia. A volerlo porre nel contenuto particolare d'ogni singola prestazione, un oggetto comune non sarebbe mai concepibile, perchè (data l'immensa varietà e complessità dei rapporti, che in qualunque momento intercedono fra un commerciante e tutti coloro che con lui si trovano in relazione d'affari) non potrebbe mai accadere che i creditori rinunciassero allo stesso diritto o a diritti simili. Un credito risultante, ad esempio, da un contratto d'assicurazione e un altro risultante da un contratto di vendita o di trasporto, non sarebbero mai « oggetti uguali ».

Tuttavia i creditori dispongono tutti, in fin de' conti, di una somma di denaro. *Ogni credito trova in cifre la sua naturale espressione.* Il denaro è, in certo modo, il denomi-

natore comune, a cui si riducono per necessità tutti i crediti, specialmente quando l'insolvenza del debitore li pone tutti nell'identica condizione. Allora la parte di questa somma che vien rimessa rappresenta appunto il sacrificio. In ciò tutti i crediti se anche di natura giuridica diversissima, trovano, se non l'identità, appunto quell'« omogeneità » che a torto il SALVIA crede che qui manchi.

D'altra parte, se dovessero accettarsi le conclusioni del SALVIA, nemmeno il concordato giudiziale dovrebbe essere un contratto unico: al pari dello stragiudiziale, si dovrebbe considerarlo come un complesso di contratti separati e distinti. Se infatti l'assemblea, per una necessaria finzione giuridica, ha effetto di raccogliere le persone dei creditori tutti, anche dissenzienti, in un'unica volontà, non per questo l'oggetto delle singole rinuncie cessa di essere diverso, perchè diversa la natura dei rapporti originarii, che si vengono a modificare. Lo stato di fallimento potrà raccogliere più persone in una massa, non confondere più oggetti in un unico oggetto. Pertanto: o oggetto del concordato è una rinuncia in genere; ed allora quante volte più persone si accordino sulla convenienza e sulla *misura* di questa rinuncia, muovendo tutte da uno scopo comune che è la *causa* cui accennavo poc'anzi, v'è un contratto unico: o oggetto del concordato sono le singole rinuncie, le diverse modificazioni che si apportano ai rapporti preesistenti, e in allora anche il concordato giudiziale è un complesso di molte figure contrattuali e non un contratto unico. Il SALVIA si adirerebbe a dirgli che, in fondo, egli nega che il concordato stragiudiziale sia un contratto unico solo perchè i creditori che lo stipulano non sono tutti venditori, o tutti vettori, e simili: ma in verità, senz'accorgersene, egli ha sostenuto niente meno che questo!

Concludendo, chi accusa questa dottrina di confondere l'unicità dell'atto, giacchè anche il concordato stragiudiziale suole essere redatto in un atto unico (1), con l'unicità del

(1) L'*unitas actus* non sarebbe niente affatto necessaria nemmeno pel concordato giudiziale. Cfr. App. Palermo, 11 aprile 1904, *Diritto commerciale*, 1904, 744.

contratto, confonde a sua volta, come bene osserva il Rocco (1), l'oggetto della prestazione con l'oggetto dell'obbligazione; il che è errore non così grossolano, ma non meno grave.

28. « Manca in secondo luogo » secondo il SALVIA « *e per necessaria conseguenza,* l'identità di condizione fra i creditori ».

Io potrei limitarmi ad osservare che se quest'obiezione dipende dalla prima, come il SALVIA afferma, è logico che cada con quella. Ma poichè questo potrebbe sembrare un argomento puramente formale, privo di valore, dirò ancora che questa seconda obiezione mi sembra irrilevante.

Che importa, per l'unicità del contratto, che la misura del sacrificio di tutti i creditori sia identica? Dimostrerò più avanti (2) come, a differenza di ciò che hanno sostenuto molti scrittori, non sia niente affatto necessario, perchè si abbia un concordato stragiudiziale, che la percentuale pattuita dai singoli creditori sia identica. Quel che è necessario si è che nessun creditore, *all'insaputa degli altri,* ottenga una percentuale maggiore, senza di che concordato stragiudiziale non si ha. Che se i creditori assenzienti conoscano questi vantaggi speciali accordati ad alcuno di essi, e vi consentano, il concordato è validissimo. Ma in tal caso la loro volontà rimane integra ed una, e quindi il concordato rimane un contratto unico.

D'altronde, a meglio dimostrare l'irrilevanza di questa obiezione alla questione che esamino, basta confrontare anche qui col concordato giudiziale. Si vede che l'uguaglianza di condizione fra i creditori, ch'è ferrea norma giuridica del fallimento e del concordato di fallimento, non toglie validità a questo, quando, coscienti e consenzienti gli altri creditori, si sieno stipulati particolari vantaggi per alcuni. Perciò, ove risulti quella conoscenza e consenso, l'autorità giudiziaria non potrebbe rifiutare l'omologazione (nè, tanto meno, applicare gli articoli 866 e 867 Codice comm.) (3). E

(1) Rocco, op. cit., pag. 217.
(2) Cfr. cap. IV, n. 62 e segg.
(3) Cap. IV, n. 62 e segg.

ciò per consenso unanime di dottrina e giurisprudenza, in base al principio che la legge e il magistrato non devono mirare a proteggere i creditori più di quanto vogliano essere protetti essi stessi. Eppure nessuno nega che, anche in questo caso, si abbia un vero e proprio concordato giudiziale, e quindi un contratto unico.

Io non so quindi capire come l'inuguaglianza del trattamento, mentre non toglie la figura di concordato, e però di contratto unico, al concordato giudiziale, dove pur l'uguaglianza, conseguenza del medesimo stato di fallimento, è regola generale inspirata alla necessità di proteggere e garantire gl'interessi dei creditori, possa poi compromettere l'unicità del concordato stragiudiziale, nel quale, in fin de' conti, la necessità di questa uguaglianza, anche intesa in quel senso particolare, cui ho accennato brevemente poco fa, è messa in dubbio da alcuni (1), e, in ogni modo, non è imposta da alcun articolo di legge. Evidentemente si verrebbe a dare ad un fatto, in un certo caso, un'importanza che gli si nega in un altro in cui dovrebbe averla molto maggiore.

Tutto quel che ho detto fin qui spero valga a dimostrare in modo esauriente che, se non v'è accordo, non solo dei creditori *uti singuli* col debitore, ma anche fra loro, non si può parlare di concordato, neanche stragiudiziale; ma che, viceversa, quante volte vi è concordato, giudiziale o stragiudiziale, ci troviamo sempre di fronte ad un unico contratto.

29. Fissata così la nozione del concordato amichevole stragiudiziale come d'un unico contratto fra il debitore insolvente ed i creditori che vi acconsentono, incomincio a studiare che specie di contratto esso sia e in qual categoria si possa classificarlo con maggior esattezza.

Prima di tutto mi sembra quasi evidente che si tratti d'un contratto bilaterale.

Ciò fu negato, a dir vero con poca solidità d'argomenti, dalla Corte d'Appello di Genova (21 ottobre 1891) (2):

---

(1) GUARIGLIA, op. cit., pagg. 122-123.
(2) *Diritto commerciale*. X, pagg. 122 e segg.

« Esaminata la natura del concordato nei suoi elementi essenziali, esso non è un contratto bilaterale, ma unilaterale, consistendo nella parziale, volontaria o forzata, rimessione del debito dal canto dei creditori e nell'obbligo del fallito di pagare loro una determinata percentuale entro un tempo prefisso, per modo che, mentre il creditore non ha più da eseguire alcuna obbligazione verso il fallito, solo costui ne ha verso di lui, scaduto il termine apposto al pagamento della percentuale, e per conseguenza vi riesce inapplicabile la disposizione dell'art. 1165 Cod. civ. » (1).

30. In queste conclusioni, secondo me, non c'è nè serietà nè esattezza. In verità a me non pare contestabile che il concordato, giudiziale o stragiudiziale, sia un contratto bilaterale. Comunque, l'ultima frase della citata sentenza della Corte di Genova, mette in rilievo tutta l'importanza pratica della questione. Se si ammette infatti la bilateralità del contratto, sarà applicabile la disposizione ben nota dell'art. 1165, in caso di inadempimento da parte di uno dei contraenti: altrimenti, no (2). Anche qui io non posso, per ragion d'ordine, esaminare il lato pratico della questione, che troverà il suo opportuno svolgimento a proposito della

---

(1) Aderisce in gran parte a questa opinione il BONELLI (op. citata, vol. II, pag. 658, 5°, e nota 8): « Paragonando il contenuto del concordato colla definizione che dà il Codice civile del contratto unilaterale e bilaterale (art. 1099 e 1100) è facile persuadersi che il concordato, sia che consista in uno o più contratti, va classificato nella prima e non nella seconda delle due categorie. Infatti sono i soli creditori che promettono la dilazione con o senza remissione, e il debitore non fa che accettare, tenendo ferme, senza novarle, anzi senza nemmeno riconoscerle, le sue antiche obbligazioni; è un vincolo solo pertanto che nasce da ciascun accordo (vincolo implicante limitazione d'un vecchio diritto, piuttosto che nuova obbligazione) mentre il debitore a nulla di nuovo si impegna..... Quanto al concordato liberatorio, cioè o puramente remissorio o mercè *cessio in solutum*, esso è un pagamento che scioglie in modo immediato e non crea vincoli per nessuno. Ma, come tale, esso è senza dubbio un contratto bilaterale ». (Questa opinione del BONELLI mi sembra inesatta. La bilateralità del concordato, come mi sforzo a dimostrare nel testo, risulta dalla natura stessa del contratto. Non mi pare adunque il caso di desumerla, a seconda dei casi, dal contenuto particolare del contratto).

(2) Cfr. App. Milano, 24 luglio 1895.

risoluzione del contratto (1): ma, limitatamente alla parte teorica, basta por mente alle particolari condizioni in cui il concordato ha luogo per venire a conclusioni opposte.

È certo, infatti, che in questo contratto si contengono degli obblighi e dei vantaggi per tutte e due le parti contraenti.

Il debitore, infatti, si impegna a pagare, entro un certo termine, una parte dei suoi debiti, precisamente quella percentuale che appunto egli conviene coi creditori; e ciò in forza del concordato stesso. Ciò, d'altronde, egli fa in vista di un grande vantaggio per lui, quello cioè di porre fine alla procedura di fallimento o di evitarla, secondochè si tratta di concordato giudiziale o stragiudiziale.

I creditori, a loro volta, assumono anch'essi un'obbligazione: quella di non ripetere nel loro credito più di quanto abbiano fissato nel contratto: tutti, se si tratta di concordato giudiziale, gli assenzienti, se di stragiudiziale, sono tenuti a rispettare quello che hanno stabilito nel concordato; e qui sta il loro obbligo; ma, checchè si dica, essi conseguono anche un notevole vantaggio.

L'aver considerato il concordato come un gran vantaggio pel solo debitore è stato causa non ultima di molti e gravi errori che qua e là si sono infiltrati nella dottrina dell'istituto; in realtà, in qualunque forma e momento vi si addivenga, esso costituisce un immenso vantaggio per entrambi i contraenti. Se pel debitore questo vantaggio è più appariscente, non vuol dire che non vi sia grande utilità per i creditori. Non si può negare questo loro vantaggio, affermando che *per diritto* la loro posizione non si migliora. L'osservazione, per essere troppo profonda, sarebbe addirittura puerile. Che valore ha, in pratica, il diritto dei creditori quando il debitore non ha più di che soddisfarli? La chiusura del fallimento, per insufficienza d'attivo, non ci insegna chiaramente che ogni atto esecutivo, collettivo o individuale, presuppone necessariamente un nucleo di attivo, senza di che non si riesce ad altro che a spese inutili? In pratica dunque, quando manca il mezzo di

(1) Cfr. cap. IX, n. 150.

soddisfarli, quel diritto dei creditori si riduce a ben misera cosa. Se pertanto i creditori trovano nel concordato il modo di risparmiare spese, di guadagnar tempo, di combinare contrattazioni e ripieghi che in altra forma non sarebbero attuabili, di percepire più di quanto potrebbero iniziando o proseguendo la procedura di fallimento, di portare in salvo dal comune naufragio più di quanto potrebbero in ogni altro modo, come si potrà ancora negare che dal concordato conseguano essi pure un notevole, immediato vantaggio? Non intendo qui dilungarmi, per non ripetere quanto già ebbi a dire assai diffusamente nel primo capitolo; mi limito ad accennare di nuovo che, per giudicare la bontà di certi istituti, bisogna esaminare le cose *come sono*, non *come teoricamente dovrebbero essere*. E se il concordato consente al debitore di sfuggire al fallimento, che importerebbe per lui gravi diminuzioni di diritto e, oltre ad una certa incapacità, il disonore, sarebbe tuttavia grave torto il dedurne ch'egli solo ne ricavi un vantaggio (1).

31. La concatenazione meravigliosa, lo sviluppo incredibile degli affari e dei rapporti commerciali, mentre ha potuto far nascere e vivere nel nostro tempo aziende così grandiose, quali una volta non erano nemmeno concepibili, ha però anche moltiplicato le occasioni di dissesti. In ingranaggi così complicati e grandiosi un granello di polvere basta spesso ad arrestare l'intero movimento. Per questo le legislazioni dei paesi che stanno alla testa della civiltà considerano con occhio più benigno il fallimento. « Mentre nei paesi del continente europeo si considera il

(1) « Quale che sia il contenuto del concordato, è certo che i creditori rimettono parte dei loro crediti, transigono o novano in qualunque maniera le precedenti obbligazioni, a condizione che il debitore esegua fedelmente i novelli obblighi che assume. Il debitore assume la nuova obbligazione verso i creditori e questi dal canto loro l'accettano e si obbligano alla rinuncia dei loro precedenti diritti; quindi la reciprocità è evidente. L'una obbligazione è reciprocamente causa dell'altra; il debitore assume la nuova obbligazione perchè i creditori lo liberano dalle antiche: questi lo liberano dalle precedenti obbligazioni, perchè egli assume le nuove. Possiamo dunque conchiudere che il concordato amichevole è un contratto bilaterale ». LANNI, nel *Filangieri*, cit., pag. 389-390.

fallimento come un fenomeno morboso che si deve prevenire con gravi sanzioni, nei paesi anglo-sassoni lo si considera con indulgenza, come una necessità fisiologica del commercio, di cui il fallito non è che una vittima. Perciò la legge autorizza il giudice ad assolvere il debitore disgraziato da ogni debito, ancorchè la liquidazione non abbia dato ai creditori che una parte irrisoria dei loro averi: il debitore può fare a meno del loro concordato; il fallimento è una liberazione per lui.

« Questo sistema si spiega per un popolo operoso, onesto ed energico, che vuole aprire la via della redenzione economica alla vittima d'una crisi: un fallito che deve lavorare tutta la vita per pagare i debiti arretrati perde ogni energia: è un cittadino perduto, e la legge lo salva redimendolo dai debiti » (1).

Simili criteri legislativi non potrebbero certo adottarsi in Italia, dove si è ancora troppo lontani da quella ideale moralità, senza di che degenererebbero in un indegnissimo ed immorale aiuto della legge ai commercianti disonesti e di mala fede; tuttavia l'averli adottati il legislatore dei paesi più civili del nostro è una prova di ciò che asserivo: che cioè molti dissesti non sono che la conseguenza d'un arresto improvviso e talvolta passeggero, tanto più pericoloso nella concatenazione tutta moderna dei rapporti commerciali. E per tanto, un mezzo facile e rapido di por fine a questi arresti, di rimettere le cose *in pristinum*, di cancellare ogni conseguenza di simili inconvenienti, quando è attuabile, è immensamente vantaggioso per tutti (2).

---

(1) VIVANTE, *Il fallimento civile*, cit. n. 5.

(2) La giurisprudenza prevalente concorda pienamente con queste idee. Scelgo:

1° App. Torino, 25 novembre 1893 (*Temi genovese*, 1894, 59): « Il contratto contenuto in questa scrittura (si trattava proprio d'un concordato stragiudiziale) è bilaterale, perchè da una parte il debitore offriva ai suoi creditori la garanzia d'un fideiussore: dall'altra i creditori in corrispettivo acconsentivano ad una mora ed a pagamenti rateali: e per lo stesso fideiussore poteva dirsi bilaterale, in quanto egli, offrendo la propria garantia, ne riceveva in cambio la soddisfazione morale di veder conchiuso un concordato stragiudiziale col M., suo cognato, e resa più facile a questi la dismissione delle sue passività commerciali..... » (E questo, veramente, mi sembra troppo. Di

32. Il concordato è un contratto commerciale?

Senza dubbio.

Giudiziale o stragiudiziale, ha sempre per presupposto necessario la possibilità che il debitore sia dichiarato in fallimento. E per tanto non può essere conchiuso che da un commerciante, e quindi rientra nella categoria degli atti di commercio subbiettivi, a norma dell'art. 4 Cod. comm.

Quando, come è richiesto da tanti scrittori autorevoli, sarà estesa anche ai debitori civili la procedura di fallimento insieme a quella di concordato, allora sarà concepibile in pratica un concordato, giudiziale o stragiudiziale, essenzialmeute civile. Finora questa concezione non sarebbe teoricamente possibile se non pel concordato amichevole stragiudiziale, il quale pure, in pratica, è sempre posto in essere da commercianti, perchè i creditori in tanto vi addivengono, in quanto penda sul debitore la minaccia del fallimento (1).

---

questo passo anche la donazione, per la soddisfazione morale del donante nel beneficare il donatario, potrebbe ritenersi un contratto bilaterale! L'art. 1099 richiede l'obbligazione reciproca dei contraenti perchè si abbia contratto bilaterale).

2° App. Firenze, 15 aprile 1902 (*Foro it.*, 1902, I, 962):

« Invero, checchè da alcuni si sia detto in contrario, certo è che il concordato è un contratto bilaterale..... rimettendosi dai creditori una parte dei loro crediti, a patto che loro si soddisfaccia la rimanenza in un dato termine e a determinate condizioni che il fallito si obbliga di osservare, ponendo così termine, pel loro reciproco consenso, al giudizio di fallimento. Come contratto bilaterale esso porta in sè sottintesa la condizione risolutiva tacita..... »

3° App. Firenze, 22 novembre 1902 (*Foro*, 1903, I, 234):

« E di vero il concordato, anche quando non voglia tenersi come vera e propria transazione, secondo l'opinione di taluni giuristi, i quali credono di riscontrarvi tutti gli elementi di codesto contratto, è certamente una convenzione di natura bilaterale, imperocchè le parti assumono obbligazioni corrispettive. Il fallito consente a pagare una parte dei suoi debiti, in quanto venga così sottratto al pericolo di subire le conseguenze della liquidazione svantaggiosa, se non disastrosa, dell'attivo del fallimento; i creditori, a loro volta, rinunciano all'altra parte del loro avere; onde risulta un rapporto liberatorio a favore del fallito, che i creditori promettono di osservare..... »

E, a voler continuare, l'enumerazione potrebbe essere lunga.

(1) Cfr. cap. I, n. 17.

Appendice al Capitolo II

* L'articolo 840 Cod. comm. e l'articolo 1130 Cod. civ.

CONSIDERAZIONI

intorno alla natura giuridica del concordato giudiziale

Tutte le dottrine messe innanzi intorno alla natura giuridica del concordato obbligatorio possono classificarsi, come fa il Rocco, il quale della questione si occupa larghissimamente nell'opera sua più volte citata, in tre categorie:

A) Teorie contrattuali;
B) Teorie processuali;
C) Teorie legali.

Mutuo dal Rocco una fedele esposizione ed una critica vivace delle più importanti di tutte queste teorie, per venir poi ad esporre quella che il Rocco stesso, come conclusione, ha creduto di poter suggerire, errata, a mio avviso, sebbene brillante e geniale.

A) Le ***teorie contrattuali*** affermano tutte ***a priori*** la natura contrattuale del concordato giudiziale, ma non sanno poi dare una soddisfacente spiegazione di quell'anomalia. Così alcune (***teorie della volontà costretta***) affermano che « la minoranza rimane obbligata per la volontà della maggioranza », teoria che veramente non spiega nulla, perchè non ci dice ancora come ciò avvenga; e ad ogni modo questa volontà della minoranza, se è ***costretta***, non è più ***volontà*** (Rocco, pag. 94-95). Altri hanno creato le ***teorie della volontà presunta***, secondo le quali « la maggioranza delibera anche in nome della minoranza », in virtù d'una specie di mandato presunto di questa: — teoria che, se potrebbe accettarsi per gli assenti, contiene invece una « contradictio in terminis » pei dissenzienti, la volontà dei quali non può ritenersi ***presunta***, dal momento che essi ne hanno ***espressa*** una opposta (pag. 97). Altri infine hanno messa innanzi ***una teoria della rappresentanza***: « la maggioranza non contratta solo in nome proprio, ma anche in « nome ed in rappresentanza degli assenti e dei non assenzienti; rap- « presentanza legale che la minoranza è obbligata a riconoscere ». Ma, osserva il Rocco (pag. 97-99), questa dottrina non è neanche più contrattualistica, perchè in essa si nasconde la larva d'una vera e propria teoria legale.

B) Fra le teorie processuali, cioè fra quelle che per spiegare l'obbligatorietà pei dissenzienti delle deliberazioni prese dalla maggioranza, fanno capo in varia guisa all'intervento dell'autorità giudiziaria mediante l'omologazione, ci si presenta prima fra tutte quella del POTHIER (*Traité des obligations*, trad. ital. in *Opere di* POTHIER, Livorno, 1841, vol. I, n. 58), secondo la quale la pronuncia del giudice *crea la deficiente volontà contrattuale* delle minoranze dissenzienti « perchè « non è giusto che il rigore di qualche creditore pregiudichi all'inte- « resse di tutti, e quindi il giudice *lo condanna* ad acconsentire « anch'esso alla convenzione, ad accordare le proroghe e le diminu- « zioni in essa contenute ». Ma il ROCCO, sull'autorità anche del MORTARA, obbietta che nessuno può essere obbligato ad emettere una dichiarazione di volontà, e che anche in quel caso dell'ordinanza processuale germanica (§ 794), al quale si ispira il POTHIER, ed in cui sembra proprio contenersi quella forma speciale di volontà, in realtà l'autorità giudiziaria non *crea* la dichiarazione, ma la *sostituisce* con la sentenza.

Ma fra le teorie processuali, la più importante è quella dello SCHULTZE che considera il concordato come *una vera e propria sentenza* e gli nega ogni natura contrattuale. (*Das Deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen* (ROCCO, pag. 102-103 e segg.)).

Il concordato non sarebbe un contratto ma *un procedimento* che mette capo ad una sentenza, nella quale sta la vera natura giuridica dell' istituto. *La proposta di concordato è la domanda giudiziale*, con cui si inizia questo procedimento: la volontà della maggioranza, constatata ed espressa nelle debite forme, è un elemento per la *causae cognitio* da parte del giudice; il quale in questa *causae cognitio* sarà liberissimo, e potrà ben anche respingere la proposta di concordato contro la volontà della maggioranza. La minoranza, dunque, quando pure il giudice omologa, è legata *non da una volontà contrattuale impostale od estorta, nè da una volontà finta, ma dal pronunciato del giudice, il quale non ratifica un diritto creato mediante contratto, ma crea senz'altro questo diritto.*

Ai tenui argomenti escogitati dal LOHR per combattere questa dottrina, il ROCCO ne aggiunge dei gravissimi, che non posso a meno di accettare completamente. Anzitutto il potere giudiziario non può costituire, modificare o diminuire diritti soggettivi. Il giudice non deve *costituire* il diritto, ma *accertarlo* (WACH). Il potere giudiziario non può far la legge, ma deve applicarla come sta (ORLANDO). Quando si afferma comunemente che « la sentenza è « lex specialis », si conclude erro- « neamente dalla somiglianza di effetti legislativi alla causa legisla- « tiva. Effetti uguali non autorizzano sempre la deduzione d'una causa « uguale. La forza obbligatoria appartiene alla sentenza come alla « legge: ma non dovunque è forza obbligatoria ivi è legge: « La « sentenza del giudice deve porre in chiaro la condizione giuridica « delle parti, non trasformarla: *essa ha portata dichiarativa, non* « *costitutiva* ».

Che se talvolta si disconosce un diritto esistente, o se ne riconosce uno inesistente « volendo dire (osserva ancora il ROCCO con mirabile « acume) *che la sentenza ingiusta crei diritti* bisogna aggiungere che « *li crea in quanto è ingiusta, non in quanto è sentenza* ». Del resto, secondo il ROCCO, la teoria dello SCHULTZE non spiega neanche come nel concordato avvenga una diminuzione nei diritti dei creditori che

non vi hanno aderito. Quel procedimento a cui (secondo lo SCHULTZE) si riduce il concordato, non avrebbe altro scopo che di metter capo ad una sentenza, la quale « estingua l'azione di concorso. Ma che cos'è « l'azione di concorso? Essa non è che l'espressione, la conseguenza « del diritto di credito, la quale non va confusa, dice il Rocco, col « diritto di credito stesso e ciò per confessione dello stesso SCHULTZE, « il quale afferma che il diritto di credito spettante a ciascun credi- « tore non si trasforma e trasfonde nell'azione di concorso, quasi « in forza di una novazione concursuale, ma persiste anche dopo « l'apertura del fallimento e trova soltanto nell'azione di concorso « *il mezzo per la sua formale realizzazione.....* ». Ma allora estinguere l'azione di concorso non significa soddisfare il diritto di credito, tant'è che un concordato che avesse per unico scopo di metter fine all'azione di concorso, senz'altro vantaggio pei creditori, non sarebbe ammissibile.

Di passaggio noto che qualcuno in Germania, come presentendo questa seconda gravissima obbiezione del Rocco, è corso al riparo affermando che l'azione di concorso *sostituisce* il diritto di credito. Ma in tal modo mi pare che si vada di male in peggio. L'azione, secondo insegnano tutti i proceduristi, non è se non il mezzo per ottenere il soddisfacimento d'un diritto, mezzo fondamentale, mezzo caratteristico del campo giuridico, mezzo talmente legato al diritto stesso, che si afferma da tutti *che dove c'è azione ivi c'è diritto.* Ma da questo non si può mai inferire l'equivalenza del diritto e dell'azione; basterebbe osservare che, mentre non ci sono azioni senza diritto, ci sono diritti senza azione (obbligazioni naturali), i quali evidentemente non potrebbero esistere, se azione e diritto fossero una cosa sola. Cade quindi questo emendamento e, da questo punto di vista, la teorica originaria dello SCHULTZE apparisce di gran lunga più esatta. Ma allo SCHULTZE è sfuggito che, se azione e diritto non sono una cosa sola, porre fine all'azione non significa regolare il diritto, e quindi assegnare come unico scopo del concordato l'estinzione dell'azione di concorso è, in verità, troppo poco.

Dopo ciò mi pare superfluo riferire le obbiezioni che il Rocco muove a quelle certe prove di diritto positivo citate dallo SCHULTZE, dalle quali la dottrina criticata riceverebbe un'evidente conferma; obbiezioni già in gran parte intraviste dal GUARIGLIA (Rocco, pag. 119 e segg.; GUARIGLIA, pag. 151 e segg.).

Fra le teorie processuali e le contrattuali sta quella del KOHLER (*Lehrbuch des Konkursrechts*) *del contratto processuale.* Il concordato è un contratto; ma è un contratto processuale, un contratto che deve por fine in unico modo all'unico diritto di pegno acquistato da tutti i creditori in conseguenza dell'insolvenza del debitore; se unico è questo procedimento, unico deve essere il modo di chiuderlo, e, tra le forme possibili, quella scelta dalla maggioranza lo chiuderà nel miglior modo.

Ma si chiede il Rocco: « *Processuale un contratto?* »

Processuale forse, perchè è un processo che assume le forme e la veste d'un contratto? No certamente, perchè, in questo senso, processo e contratto sono due termini perfettamente antitetici. Processuale, allora, in quanto ha oggetto processuale? E sia: ma se è così, il contratto, per quanto processuale, resta pur sempre un contratto. E allora

come si concilia questa concezione contrattuale con la disposizione generale dell'articolo 1130 Cod. civ.?.....

Cade con questa l'analoga teoria del BOLAFFIO, il quale, posteriormente all'opera del Rocco, così la espone nell'opera sua più volte citata (*La legge sul conc. prev.*, ecc., pag. 105), commentando l'art. 14 di questa legge: « La maggioranza dei creditori, nell'adunanza legal-
« mente riunita, rappresenta la collettività e ne esprime legalmente la
« volontà. È questa la volontà di tutti i creditori aderenti, dissen-
« zienti, assenti ed anche ignoti. Non è però questa volontà che si
« accorda con quella del debitore, accettandone le proposte, che costi-
« tuisce di per sè il concordato. Proposte o adesione formano il
« *contratto giudiziale*, che richiede, per essere perfetto, ***un terzo elemento***
« ***costitutivo: l'omologazione del tribunale***..... La dizione dell'art. 836
« Cod. comm. « il concordato deve essere omologato, ecc., » non deve
« far ritenere che il concordato esista prima della sua omologazione.
« C'è un accordo che vincola le parti contraenti fino all'omologazione,
« ma non c'è il concordato se non dopo l'omologazione..... Quindi, non
« pel solo accordo fra il debitore e la maggioranza aderente dei credi-
« tori, che esprime legalmente la volontà di questi; non per la sola
« omologazione, che accerta la legalità (e convenienza) dell'accordo;
« ma per l'accordo per la sua omologazione insieme, sul fondamento
« di una norma legislativa, il concordato vincola tutti i creditori pel
« medesimo titolo ».

Questa teoria il cui spirito era già tutto in quella definizione del concordato data dal BOLAFFIO, di cui ho già parlato (capitolo I) incorre negli stessi errori delle precedenti. Essa, infatti, in sostanza cerca di spiegare l'obbligatorietà pei dissenzienti dall'accordo e dall'omologazione ad un tempo. Ma l'omologazione è un elemento del tutto incidentale, dettato per motivi di garanzia, e non può essere un elemento costitutivo del *contratto*, che non potrebbe di per sè produrre gli effetti voluti dalle parti quando contraggono; questi effetti è la loro volontà che li produce, non quella del giudice, il quale, come s'è visto, non è affatto rivestito d'un tal potere. L'omologazione giudiziale dunque sposta, ma non risolve, quel solito punto interrogativo, per risolvere il quale ci vuol ancora un elemento che manca alla teorica del BOLAFFIO, come a tutte in genere le teorie processuali.

C) Questo elemento fu da altri autori cercato e trovato nella *legge*, e qui sorsero le teorie *legali*, tra le quali primeggia per semplicità ed eleganza la dottrina del LOHR (*Ueber die rechtliche Natur der Zwangsvergleiche*):

« Quando il debitore ha fatto la sua offerta e una parte dei creditori l'ha accettata, fra questi e il debitore è sorto il contratto. Per coloro invece che non consentirono il contratto concluso stabilisce il contenuto concreto degli effetti che loro impone la legge, i quali effetti devono essere uguali per tutti. Dunque il concordato ***è un contratto fra il debitore e i creditori concursuali non privilegiati che accettano la proposta di concordato. è un fatto con conseguenze legali fra gli altri creditori non privilegiati e il debitore..... I non assenzienti perdono per forza di legge una parte dei loro diritti...... per forza di legge essi acquistano di fronte ai garanti gli stessi diritti che gli assenzienti in forza del contratto.*** C'è una repartizione della forza vincolativa del con-

cordato in *convenzionale per una parte, legale per l'altra.....* (Rocco). Il Rocco obbietta in tesi generale che « dire che un fatto dipende dalla *legge* » significa non far fare un solo passo « innanzi alla questione che ci si propone. Bisogna pur sempre concretare un fatto preciso a cui si ispiri la legge per fissare quel certo effetto. E in questo modo la dottrina del Lohr sarebbe già confutata. Ma, penetrando nel vivo della questione, quale sarà, secondo il Lohr, questo fatto, a cui la legge dovrà collegare quel certo effetto? Non semplicemente la condizione di creditore concursuale, nè la proposta del debitore. Il contratto, allora? Ma questo allora sarebbe un contratto a favore di terzi. Ora dov'è negli assenzienti la volontà di beneficare? dove nei dissenzienti quella di beneficiare, dal momento che questi ultimi hanno espresso una volontà contraria? (Premetto, ma prima di dimostrarlo intendo imparzialmente riferire la teoria suggerita dal Rocco, che questa critica non mi pare così felice come le altre riportate fin qui).

Invece il Guariglia accetta con entusiasmo questa teoria del Lohr (pag. 158): « La singolarità di questo contratto consiste in ciò che per *virtù di legge* il patto stipulato dalla maggioranza diventa obbligatorio anche per gli assenti e dissenzienti. Il vincolo che lega la minoranza al conchiuso concordato non deriva dal perchè la maggioranza rappresenti la minoranza e stipuli in nome e parte di costei, *ma promana direttamente dalla legge* ».

Quel fatto, cui il Rocco afferma doversi ricollegare l'effetto legale, che sta a base della dottrina del Lohr, e che egli rimprovera al Lohr di non aver trovato, l'Oetker (*Konkursrechtliche Fragen*) ha creduto di trovarlo nella « riunione dei tre atti della proposta del debitore, della « accettazione dei creditori, della approvazione del tribunale ». Il concordato insomma sarebbe « un contratto risultante da tre successive e coordinate dichiarazioni di volontà ».

Osserva il Rocco: come può ancora chiamarsi contratto (il quale si fonda sempre su una privata dichiarazione di volontà) un atto giuridico così complesso, nel quale entra come elemento costitutivo niente meno che una decisione giudiziale? D' altronde, questa teorica parificando i dissenzienti agli assenzienti, spiega troppo per questi, non spiega abbastanza per quelli. Per gli assenzienti, infatti, bastano gli elementi puramente contrattuali, cioè la proposta e l'accettazione, ed il terzo, l'approvazione del tribunale, è superfluo: pei dissenzienti invece i primi due non hanno valore, e non resta che il terzo, il quale riporta senz'altro alle teorie della sentenza.

Dopo aver così brillantemente demolite tutte queste teoriche, il Rocco, nella sua opera veramente magistrale, propone una elaborata dottrina, la quale secondo lui, ha il merito almeno d'una grande semplicità. Vediamola.

« La ragione specifica della maggiore e più ampia efficacia del concordato obbligatorio in confronto al concordato stragiudiziale devesi ricercare nella *particolare condizione giuridica in cui si trovano i creditori dopo la dichiarazione di fallimento.....* Questa li riunisce tutti in una *massa*, che è una *comunione*, nella quale i diritti di tutti devono essere esercitati collettivamente e contemporaneamente. Nessuno..... può separare la sua sorte da quella degli altri, se non ha una causa legittima di prelazione, non può con l'esercizio d'un'azione

esecutiva migliorare la sua condizione a detrimento degli altri.... Questo principio della riunione dei creditori in una comunione non si trova nella legge dichiarato espressamente: ma si deduce, insieme alle due conseguenze principali che ne derivano, da numerosi articoli, e così dagli articoli 817, 800, 699, 713, ecc.

« Del resto, benchè ci sia dissenso circa i caratteri e l'oggetto di questa comunione, l'esistenza sua è ammessa da tutta la dottrina italiana e straniera..... Questa comunione fra i creditori fu variamente qualificata dai varî autori che ne studiarono la natura e le caratteristiche. A torto però fu ritenuta o persona giuridica (BONELLI), ovvero comunione semplicemente processuale (*societas litis*), o infine società, o meglio associazione, cioè società senza scopo di lucro..... Ci troviamo qui di fronte *a un vero e proprio stato di comunione*. Non si tratta però d'una comunione semplice, quale la regolano gli articoli 573 e segg. Cod. civ. Si tratta d'una comunione corrispondente alla forma germanica della *communio zur gesammten Hand* (a mano comune), ovvero, come si direbbe noi, di una *comunione qualificata*, la quale, secondo il ROCCO, differisce dalla comunione semplice in quanto:

a) « nella comunione semplice ogni partecipante può disporre liberamente della sua quota (art. 679 Cod. civ.) ed esercitare gli altri diritti inerenti alla proprietà della cosa comune, purchè però, ecc..... (art. 675 Cod. civ.); nella comunione qualificata, invece, di cui ci offrono importanti esempi la comunione indotta dal contratto di società (art. 1433 e segg.) ed altre, nessuno dei comunisti può da solo disporre della cosa oggetto della comunione, neanche per la sola sua quota, nè esercitare da solo gli altri diritti inerenti alla proprietà della cosa comune..... ;

b) « nella comunione semplice nessuno può essere costretto a restare in comunione; ogni privata disposizione in contrario è di regola nulla..... ; malgrado tutto può sempre l'autorità giudiziaria ordinare lo scioglimento della comunione. Nella comunione qualificata, invece, la regola è rovesciata; i partecipanti sono obbligati a restare in comunione: la regola non soffre che poche e particolari eccezioni..... ;

c) « *la comunione semplice non può avere per oggetto che la proprietà o un altro diritto reale: la comunione qualificata, invece*, in cui il vincolo dei partecipanti è tanto più stretto e tanto più limitato l'esercizio dei loro diritti particolari, PUÒ AVERE PER OGGETTO ANCHE UN DIRITTO DI CREDITO ».

Or dunque, secondo il ROCCO, « *dalla esistenza e dalla particolare* « *natura della comunione deriva appunto l'efficacia del concordato* « *riguardo ai creditori non assenzienti* ».

« Già nella comunione noi troviamo la regola che..... per l'ammini-« strazione e pel miglior godimento della cosa comune le deliberazioni « della maggioranza sono obbligatorie anche per la minoranza dissen-« ziente (art. 678). E questa regola ha la sua spiegazione in ciò che, « per quanto, entro certi limiti, ogni partecipante possa esercitare da « solo i diritti inerenti alla proprietà, vi sono, anche nella comunione « semplice, atti che non possono compiersi se non dalla collettività, « nella quale soltanto risiede il pieno esercizio del diritto di proprietà. « Per il compimento di tali atti non basta evidentemente la volontà « *di un singolo partecipante: è necessaria la volontà di tutti i parteci-* « *panti, la volontà generale*. Se ciascun partecipante, perseguendo il suo

« scopo individuale, esprime isolatamente la sua volontà individuale, « e le singole volontà si trovano ad essere casualmente conformi, nes- « suna difficoltà per il compimento di quell'atto. Ma è questo un caso « ben raro a praticamente verificarsi. Quando ciò non si verifichi, due « vie sono aperte: o dichiarare impossibile l'esercizio di quei diritti in « omaggio « al veto » del singolo, il che renderebbe impossibile il conse- « guimento dello scopo comune e contraddirebbe alla stessa ragione « d'essere della comunione; oppure, ed è questa evidentemente l'unica « soluzione a cui ci si possa appigliare, andare in cerca d'una volontà « che sia, come la volontà di tutti i partecipanti, l'espressione dell'inte- « resse comune..... « Questa volontà non può essere che la volontà della « maggioranza, la quale è la migliore espressione della volontà collet- « tiva, perchè esprimendo un interesse che rappresenta la maggior « somma di interessi individuali da cui l'interesse comune risulta, è, « in caso di dissenso, la migliore e più sicura espressione dell'interesse « comune..... ».

Questa fine ed elaborata teorica, che mi sono studiato di riferire nelle parti e con le conclusioni sue più salienti, non riesce per altro a convincermi.

Comincia il Rocco coll'affermare per induzione che se il concordato giudiziale, a differenza dello stragiudiziale, è obbligatorio anche per la minoranza dissenziente, ciò non può dipendere che dalla dichiarazione di fallimento, osservazione questa esattissima, e che a me, nel Capitolo precedente, ha fornito la base per una particolare classificazione dei concordati (Cfr. n. 3 e segg.). Ma egli afferma subito dopo che questo stato di fallimento non è altro che una comunione, e movendo dall'analogia col principio dell'art. 678 Cod. civ. a questo stato di comunione ricollega l'obbligatorietà in discorso. Questa comunione però, secondo il Rocco, non è la comunione semplice, ma è una *communio qualificata*, una *communio zur gesammten Hand*, la quale differisce specialmente in tre punti dalla comunione semplice, e cioè: per la maggior libertà che in questa è lasciata al partecipante nell'esercizio di proprietà sulla sua quota: per l'inversione della regola propria della comunione semplice, che cioè nessuno può essere costretto a restare in comunione, salvo particolari eccezioni, e infine per la maggiore estensione dell'oggetto della comunione qualificata, la quale, secondo il Rocco, può comprendere non solo diritti reali, ma anche diritti di credito (1).

Di questi tre elementi differenziali il più importante è certamente il terzo, come quello senza del quale la teorica ora esposta non potrebbe neanche essere formulata. Oggetto della comunione semplice possono essere soltanto diritti reali, meglio e normalmente diritti di proprietà: « Bisogna però che si tratti di un diritto reale inerente a un determinato bene.....

« *Un diritto di credito, ancorchè fosse acquistato per la medesima causa o per unico atto da più persone*, si dividerebbe, *ipso jure*, fra queste in proporzione della quota per cui ciascuna di esse avesse concorso ad

(1) Un'accuratissima esposizione della figura della *communio zur gesammten Hand*, secondo la dottrina germanica, in NAVARRINI, *Comm. al Cod. di comm.*, « Società ed associazioni commerciali », pag. 137, n. 89.

acquistarlo, talchè non potrebbe mai considerarsi in comunione..... ». (BIANCHI, *Corso di diritto civile*, vol. IX, parte 3ª, pag. 779). (Conf. RICCI, *Corso di diritto civile*, vol. V, num. 1; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, § 84 e 114; ARNDTS-SERAFINI, § 92; FADDA e BENSA, *Note al Diritto delle Pandette del* WINDSCHEID, § 121, 168-169).

Oggetto della comunione qualificata possono essere invece anche i diritti di credito: così avviene anche nella comunione dei beni fra coniugi ed in quella nascente dal contratto di società (civile). Tutto questo è esattissimo, sebbene, quanto alla società civile, qualcuno pensi esser questa, al pari della commerciale, una persona giuridica, opinione che non mi sembra accettabile, ed alla quale preferisco quella del Rocco, in cui mi conferma l'insegnamento dell'illustre CHIRONI. Ma si può per questo assimilare la condizione dei creditori nel fallimento a quello dei soci civili? e si può affermare senz'altro che anche nel fallimento si abbia una comunione qualificata? Non credo.

Nella società civile i soci convengono di mettere qualche cosa in comune al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare (art. 1697 Cod. civ.). Oggetto del contratto è pertanto la cosa conferita, sulla quale, in quanto serve a conseguire lo scopo comune, è ben naturale che i soci abbiano un diritto comune. D'altra parte questa cosa comune potendo anch'essere un vero e proprio patrimonio, ed in un patrimonio normalmente entrando anche dei diritti di credito, è verissimo che nella società civile possono presentarsi come oggetto anche dei crediti. Ma io credo che, in questo caso, questi diritti di credito entrino solo, per così dire, incidentalmente nella società civile, solo cioè come parte d'un patrimonio *effettivo*, *reale*. Vi entrano insomma in quanto già potenzialmente equivalgono (salvo buon fine, del che è responsabile il socio che li conferisce) ad una vera e propria quota in denaro. È logico dunque che anche su questi crediti possa, in un certo senso particolare, competere un diritto comune: precisamente nel senso che, divenga o no comune l'esercizio di questi diritti di credito, essi hanno tuttavia per oggetto un bene che, appena realizzato, è destinato a diventare comune. Per tal modo su questi crediti, in quanto fanno parte del patrimonio conferito, come su tutto questo patrimonio, insiste da parte dei soci un diritto comune, ch'è, in fin dei conti, considerato nel suo complesso, un perfetto diritto di proprietà. Lo stesso può e deve dirsi della comunione dei beni fra coniugi, pur in quei limiti ristretti nei quali la nostra legge la riconosce ed ammette.

Il credito verso il fallito si presenta invece molto diversamente dal credito che vien conferito in una società: questo infatti conserva tutto il suo valore, pur potenziale, mentre quello ha già perduto una parte del suo valore e non potrà realizzarsi che per la parte residua. Il credito conferito in società, d'altra parte, entrerebbe nella comunione sociale assolutamente come valore e solo incidentalmente come diritto di credito: mentre nel fallimento, accettando la concezione del Rocco, avremmo una comunione in cui i diritti di credito entrerebbero in modo esclusivo. Onde non basta osservare come in certe forme di comunione particolare possano entrare *anche* dei diritti di credito per venire a sostenere che il fallimento è pur esso una comunione. Bisognerebbe invece dimostrare che vi può essere una comunione particolare (*zur gesammten Hand*), qualificata finchè si vuole, ma pur sempre comunione, la quale possa esser composta *unicamente* di diritti di credito.

Inoltre la condizione dei creditori riuniti nella massa dalla sentenza dichiarativa di fallimento, è essenzialmente diversa da quella dei soci civili. Essi non conferiscono, nè per loro conferisce la legge, alcuna cosa in comune. Il patrimonio del debitore, infatti, anche dopo la sentenza dichiarativa, com'è universalmente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e come il Rocco stesso acutamente concorre a dimostrare, non passa in proprietà alla massa; ma continua ad appartenere al fallito, come lo prova, fra l'altro, e la capacità nel fallito di concordare e l'obbligo nel curatore di rendergli il conto della sua gestione. Quindi questa pretesa comunione deriverebbe non già da un volontario conferimento dei creditori, ma da un conferimento che la legge farebbe per essi. La legge dunque sarebbe sempre la sola creatrice di questa comunione, e con ciò la sola causa di quell'obbligatorietà pei dissenzienti che si cerca di spiegare per altra via.

D'altronde la legge, nel raccogliere i diritti dei creditori, non intende di sopprimerli, nè di ridurli anche in parte; chè questo la legge non potrebbe fare senza uscire dai suoi limiti naturali. Essa intende semplicemente di evitare che i creditori più violenti o più astuti pregiudichino, ottenendo il pagamento integrale dei loro crediti, gli interessi degli altri, i quali ne ricaverebbero un danno non giustificato. Per questa essa istituì la procedura di fallimento la quale all'azione individuale sostituisce l'azione comune pei creditori. Ma questa procedura di fallimento non intende di togliere di mezzo il diritto di ogni creditore, considerato come singolo, bensì intende a limitare semplicemente l'esercizio di questo diritto, in modo che, data l'insufficienza del patrimonio del debitore (ch'è pur sempre la garanzia comune di tutti i creditori che non hanno un diritto di privilegio) l'esercizio del diritto di un creditore non sia incompatibile con l'esercizio degli altri diritti di credito spettanti agli altri creditori. Tra costoro dunque, se mai, intercederebbe una « societas litis », un consorzio processuale, come ben vide il Lohr, non una *comunione qualificata*.

Non par vero che il Rocco, dopo aver così genialmente combattuta la dottrina dello Schultze, sia poi caduto, pur mettendosi per altra via e giungendo a conclusioni opposte, nello stesso errore di confondere *azione* e *diritto*.....

Finalmente, ammesso pure che il fallimento rientri nella categoria delle comunioni qualificate, resterebbe ancora a dimostrare come mai si possa estendere a queste comunioni qualificate, allargandone anzi l'applicazione e il valore, un principio ch'è proprio della comunione semplice, la quale, in fin dei conti, si fonda su norme giuridiche opposte. Mentre infatti nella comunione semplice, « le deliberazioni dalla maggioranza dei partecipanti sono bensì obbligatorie anche per la minoranza dissenziente, ma solo in quanto si riferiscano all'amministrazione, e al miglior godimento della cosa comune (articolo 678 Cod. civile), in questa forma di comunione qualificata, che si riscontrerebbe nel fallimento, si avrebbero deliberazioni non di amministrazione o di miglior godimento, ma di vera e propria *disposizione*, perchè i creditori nel concordato rinunciano in parte ai loro diritti e quindi ne dispongono.

Per tutte queste ragioni non mi sembra di poter accettare la dottrina del Rocco, per quanto elaborata e geniale.

Dopo ciò, non oserò io certo proporre una qualunque teoria la quale non potrebbe soddisfare alcuno. Mi piace solo di osservare come troppo spesso, da tempo, e forse per uno speciale influsso dello spirito tedesco, ci tocchi di vedere tanti begli ingegni, da cui si aspetterebbe con ansia la soluzione di complesse, ma *vive* questioni, perdersi con infinita sottigliezza per cercare l'introvabile o discutere l'indiscutibile..... Per conto mio ho la coscienza di non lasciare la questione del tutto insoluta osservando che devono pure esserci nel diritto come ci sono persino nelle scienze esatte dei principii fissi, dei postulati, meglio degli assiomi, che la nostra mente comprende, anzi deve accettare comi veri, ma non può dimostrare. Ciò è tanto vero che, a parte le dottrine assolutamente sbagliate, come le processuali, quelle che più si accostano alla verità, come le legali e come la stessa teorica del Rocco, se pur riuscisse a provare che proprio il fallimento è una comunione qualificata, presentano pur sempre una lacuna, un piccolo vuoto, che il pensiero colma, ma la parola non riesce a colmare. È la legge, dice il Lohr, che crea l'obbligatorietà pei dissenzienti. No, risponde il Rocco, non basta dire che è la legge, bisogna anche dimostrare perchè la legge fa questo, qual è il fatto a cui la legge collega quest'effetto speciale. Questo fatto sta in ciò, che il fallimento costituisce una comunione, e nella comunione la volontà della maggioranza deve di necessità prevalere. La prima parte di questo ragionamento è inesatta; la seconda invece è esattissima, ma in questa si nasconde appunto un principio che si può ampliare, giustificare, spiegare, ma dimostrare, no. Si può sempre domandare, infatti, perchè nella comunione debba sempre prevalere la volontà della maggioranza.

Se il diritto stesso, socialmente considerato, è il prodotto della volontà della maggioranza dei cittadini, se esso poggia completamente sul consenso della maggioranza, è ben naturale che esso protegga a sua volta la maggioranza, ogni qualvolta questa si manifesta con una volontà propria, non senza le garanzie necessarie per la minoranza. Se, nel caso nostro, la maggioranza accettasse un concordato sconveniente, se rifiutasse di tener conto degli utili consigli ed osservazioni della minoranza, è certo che imponendo a questa un concordato le imporrebbe, nel fatto, una *violenza;* pure questa violenza sarebbe non solo *legittima*, ma *giusta*, perchè informata ed inspirata ad un criterio di convenienza, per cui la legge crede minor male che i più, che almeno son più, si impongano ai meno, che non i meno la vincano sui più; e dà il criterio presuntivo che i più vedano e curino i loro interessi meglio che i meno, nei quali per necessità di cose occorre presumere o capriccio od animosità. Ma, ripeto, si tratta di un criterio *presuntivo*, assolutamente, inoppugnabilmente presuntivo, ma non mai vero, nel senso assoluto. Accade qui quel che accade anche in certe più salienti manifestazioni del diritto pubblico, ogni qualvolta una maggioranza si trova di fronte ad una minoranza; in tutti questi casi la minoranza trionfa *non in quanto ha ragione, ma in quanto si presume che l'abbia*. Del resto a questi stessi concetti si ispirò un'elaborata sentenza della Cassazione di Roma: « Una convenzione fra debitore e creditori affine al concor-
« dato era ammessa e conosciuta anche presso i Romani: « *Pactio huius-*
« *modi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi con-*
« *sensu declaraverint, quota parte contenti sint, si vero dissentiant, tunc*
« *Prœtoris partes sunt necessariae, qui decreto suo* sequetur majoris

« partis *voluntatem.....* » (L. 7, § 19; 8, 9, 10, Dig., *De pactis*). E il voto « della maggioranza dei creditori vincolava la minoranza dissenziente, « perchè ***non presumendosi che alcuno voglia far getto dei suoi averi « senza una giusta causa,*** si presumeva che la maggior parte dei cre-« ditori, rimettendo una parte del debito al comun debitore, giovassero « all'interesse proprio e insieme a quello dei dissenzienti, e che perciò « il dissenso di questi fosse capriccioso ed ingiusto. La stessa presun-« zione assiste il concordato..... » (Cassaz. Roma, 23 giugno 1891, *Foro Ital.*, 1891, I, 654).

In questo modo attribuendo alla legge, in conseguenza d'una necessità d'ordine ***naturale e superiore***, la spiegazione unica dell'apparente anormalità in questione, io vengo evidentemente a ricongiungermi, in qualche modo, alla teorica del Lohr.

CAPITOLO III.

La figura giuridica del concordato amichevole stragiudiziale. Il tipo contrattuale.

SOMMARIO. — 33. Confronto fra il concordato e la remissione. Caratteri differenziali. — 34. Altre pretese differenze fra i due istituti. — 35. Conseguenze pratiche del principio che il c. a. s. non è una remissione — Se il commerciante sia tenuto a conferire a' suoi coeredi quel che gli fu rimesso a causa di concordato. — 36. Il c. è una transazione? — Dottrina e giurisprudenza prevalenti lo negano. — 37. Nuovi tentativi del Rocco di ricondurre il concordato al tipo delle transazioni. — 38. Confutazione di questa dottrina. — 39. Continuazione. — 40. Continuazione. — 41. Lo studio dei rapporti fra debitore e creditori... — 42. ...e dei creditori fra loro prova che manca nel concordato l'elemento delle concessioni reciproche, essenziale alle transazioni. — 43-44. Se si ammette che il concordato è una transazione, bisogna dire che il fallimento è una lite. — 45. Assurdità di questa deduzione. — 46. Conclusione. — 47. Il c. è una novazione? — Dottrina e giurisprudenza lo negano. — 48. Fondamento di quest'opinione. — 49. Conseguenze pratiche. — 50. Che cos'è, dunque, il concordato? — 51. È un contratto « sui generis ». Dimostrazione di questo principio.

33. Si è detto talvolta che il concordato è una remissione (1).

Ma la maggiore e miglior parte della nostra dottrina si oppone a questa conclusione. Così il Rocco ed il SALVIA (2, 3), i quali fanno osservare:

a) La remissione è un contratto essenzialmente gratuito, quindi unilaterale; il concordato invece, come ho lungamente dimostrato, è un contratto bilaterale;

b) La remissione (almeno parziale) forma spesso il contenuto del concordato: ma non è per nulla essenziale per l'esistenza del concordato che vi si contenga una remissione, non essendovi convenzione più elastica, più compatibile con forme diversissime di contrattazione, che il concordato (4);

---

(1) VIDARI, vol. IX, n. 4924.

(2) Rocco, op. cit., pagg. 185-186.

(3) SALVIA, nel *Filangieri*, anno 1885, cit. pag. 672.

(4) È dunque il caso di avvertire, a spiegazione di molte osservazioni precedenti e di molte discussioni future, che ogni qualvolta, nello

c) La remissione è fatta « animo donandi », sì che, in certo modo, si accosta alla donazione; il concordato, no. Questo concetto che i creditori, se pur rimettono al fallito una parte del suo debito, non sono mossi da spirito di liberalità, e che, se essi fanno il vantaggio del debitore comune, questo non è per nulla il loro scopo, mirando essi unicamente al loro interesse, è un concetto così importante, che non sarà mai ripetuto e spiegato abbastanza. « Allorchè » scrive il Salvia « un commerciante fa nota ai suoi creditori l'impossibilità in cui si trova, o si troverà in un prossimo avvenire, di adempiere alle assunte obbligazioni, è prudenza spesso per costoro trattenere il corso delle corse, per non precipitarle, e salvare il debitore dal *crak* per ricuperare quel che, forse, non potrebbero altrimenti. Acconsentendo a prorogare le scadenze, riducendo l'ammontare dei crediti che vantano, migliorando, insomma, la condizione economica del commerciante in dissesto, essi piegano alla necessità delle cose, e, indotti da prudenza mercantile, cercano trarre il miglior partito da un cattivo affare. Imitano il capitano d'una nave in tempesta, che fa getto del carico per trarre di rischio la nave e le persone, e pel minor male eleggono il mezzo che giova al debitore, come appunto eleggerebbero quello che lo disastra, se vi trovassero conto..... Nessuna idea quindi di fare atto di liberalità, il quale viene solo qualificato dall'intenzione di beneficare...... »

Questo punto di distinzione fra i due istituti è veramente fondamentale. Poichè la sapienza del diritto romano ci insegna che nel definire e qualificare i contratti *contrahentium voluntas est spectanda* non si può non tener conto di questa differenza, la quale basta da sola a distinguere in modo nettissimo i due istituti.

34. Altri caratteri distintivi del concordato in confronto della remissione, sarebbero, secondo il Rocco, i seguenti:

---

studio del concordato, verrà preso in esame il suo contenuto remissorio, non si dovrà dare a questo contenuto che il valore d'esempio normale, dacchè, come spiegherò ancora più avanti, non è niente affatto impossibile che si abbia un concordato senza remissione di sorta.

d) La remissione, senza perdere nulla del suo carattere, può essere totale o parziale: il concordato, se contiene una remissione, non può contenerla che parziale. Infatti, se è essenziale alla figura giuridica sua il sacrificio cui si sottopongono i creditori allo scopo di porre fine ad una situazione disastrosa, non lo è meno il vantaggio che i creditori stessi debbono conseguirne, in confronto a ciò che otterrebbero dal fallimento. Quindi la remissione totale è incompatibile col concetto di concordato;

e) La remissione estingue completamente l'obbligazione anche in rapporto ai fideiussori; il concordato invece lascia sussistere pel debitore principale un'obbligazione naturale, e pel fideiussore una vera e propria obbligazione civile, la quale ha per suo fondamento logico e giuridico appunto l'obbligazione naturale del debitore concordatario.

Faccio le mie più ampie riserve su questi punti, che saranno ampiamente discussi, trattando il contenuto e gli effetti del concordato amichevole stragiudiziale (1).

A distinguere nettamente i due istituti è sufficiente, ripeto, il carattere di liberalità della remissione, carattere che manca assolutamente nel concordato (*c*).

35. Come conseguenza di questo principio, che il concordato non è un atto di liberalità da parte dei creditori, la dottrina unanime ha affermato che « la parte di debito rimessa in virtù d'un concordato dall'ascendente creditore al discendente commerciante, non va soggetta a collazione. L'ascendente, invero, rimettendo, non ha compiuto una liberalità, ma ha fatto il proprio interesse. Il caso, finora, non si è presentato in pratica » (2).

Veramente a me pure, per quanto ne abbia fatto diligente ricerca, non consta che il caso dal 1885, da quando cioè il Salvia pubblicava il suo articolo, fino ad oggi, si sia presentato. Tuttavia stimo opportuno di fermarmici, perchè non si

(1) *Ultra*. cap. VI, n. 95, e cap. VIII, n. 139 e segg.

(2) Salvia, loc. cit., pag. 672. Conf. Rezzara: *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza*, Torino, n. 209, pag. 372; Guariglia, op. cit., pag. 271; Cavo, *Concordato*, nel *Digesto italiano*, vol. VIII, parte I, n. 94, pag. 369.

tratta per nulla di una tale stranezza giuridica, che non possa, in qualunque momento, presentarsi all'esame del magistrato.

L'istituto della collazione tende a regolare i rapporti fra i coeredi d'un ascendente comune e a regolarli sulla base d'una perfetta uguaglianza. Perciò « Il figlio o discendente, « il quale venga alla successione, insieme coi suoi fratelli « o sorelle e loro discendenti, deve conferire ai suoi coeredi « tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione, sì « direttamente come indirettamente, eccettuato il caso che il « donante abbia altrimenti disposto » (Cod. civ., art. 1001).

Ora, dato lo spirito di questa disposizione, mi pare, francamente, eccessivo l'affermare che *sempre ed in tutti i casi* quel che il creditore ascendente rimette al discendente debitore in occasione del concordato sfugga senz'altro alla collazione, dovendosi in ogni caso considerare rimesso non per liberalità, ma semplicemente per interesse. Certo accade molto spesso che le cose stieno così, ma può ben darsi che vadano anche diversamente. A buon conto, se è vero che il creditore ascendente, in quanto è creditore, fa il proprio interesse nell'addivenire al concordato, può anche darsi che, in quanto è ascendente, faccia l'interesse del debitore. Specialmente nei concordati stragiudiziali, pei quali l'uguaglianza di trattamento fra i creditori è applicata assai meno rigidamente che nei giudiziali (1), accade spesso che un debitore oberato, non potendo più soddisfare ai suoi impegni, concluda un concordato stragiudiziale, mediante il quale un terzo (o anche un creditore) si assuma di pagare gli altri creditori, ovvero fornisca egli stesso una certa somma a questo scopo, ovvero rinunci, il che è perfettamente lo stesso, a una maggior somma a lui dovuta per facilitare o favorire al debitore l'esecuzione dei suoi obblighi. Ciò è senza dubbio giuridicamente possibile, in quanto che, se può dubitarsi che un creditore abbia facoltà di stipulare per sè determinati vantaggi, di prendere per sè una percentuale maggiore, nessuno può contestargli il diritto di accettarne una minore, ove gli interessi di facilitare al debitore la conclusione del concordato. Ma sostenere anche in questo caso

(1) Cfr. cap. IV, n. 74.

che quel creditore agisca nel suo esclusivo interesse, che non lo muova nessuno spirito di liberalità, mi pare, quanto meno, esagerato.

Nel caso in questione, se, per render possibile al proprio figlio commerciante un concordato al 40 % coi suoi creditori, il padre, creditore anche lui, rimette per parte sua l'80 o il 90 % o magari l'intera somma dovutagli, mi pare che tutta la maggior somma da lui rimessa sia letteralmente regalata. Mi pare che sarebbe perfettamente lo stesso se egli, senz'essere affatto creditore, si cavasse di tasca quella certa somma per aiutare il figlio ad uscir d'impiccio. Per conseguenza credo che, in un caso di questo genere, il debitore, salva sempre, s'intende, la contraria volontà del *de cuius*, debba conferire la maggior somma rimessagli. A un terzo, che lo avesse aiutato in quel modo, egli avrebbe promessa la restituzione, magari con gl'interessi. Sembra dunque equo che, se è il padre che ha regalato una somma, o, che è lo stesso, vi ha rinunciato, accettando una percentuale molto minore dagli altri creditori, o anche nulla, e ciò per render possibile il concordato, questa somma debba essere conferita. Altrimenti chi ha salvato il debitore commerciante non è più il padre, ma sono i fratelli coeredi, il che, quanto meno, non pare consono allo spirito dell'art. 1001 Cod. civ.

La conclusione?

Il principio che nel concordato i creditori non agiscono per liberalità è, come principio di massima, esattissimo: ma non è il caso, secondo me, di dedurne, come fa la dottrina prevalente, una specie di presunzione assoluta di questa non liberalità anche quando il creditore sia un ascendente del debitore e qualunque sia la somma da lui rimessa in confronto di quella rimessa dagli altri. È il caso invece, ove si verifichi quest'ipotesi, di vedere se non sia opportuno mantenere pel discendente l'obbligo della collazione.

Insomma converrà anzichè fissare *a priori* una soluzione affermativa o negativa, far dipendere questa soluzione da una prudente disamina dei fatti da parte del magistrato.

Senza di che, per applicare fino alle sue ultime conseguenze un principio esattissimo, si corre il rischio di travisare il carattere e lo spirito dell'istituto della collazione.

36. Si è anche detto spesse volte che il concordato è una transazione.

Così la Corte d'Appello di Milano, nella sentenza del 24 luglio 1895 (1):

« Che la stipulazione del concordato tra il fallito ed i « suoi creditori sia un atto eminentemente commerciale non « vi può esser dubbio, perchè il concordato in sostanza è « una transazione seguìta tra il fallito ed i suoi creditori « in rapporto ai crediti commerciali da essi contratti... »

Ma quasi tutta la dottrina e la giurisprudenza negò questa tesi. Primo il VIDARI (2): « La transazione (scriveva) non può avere per oggetto che un diritto litigioso: controverso, cioè; il concordato invece ha per oggetto diritti certi, ammessi cioè e riconosciuti dalle parti (3): nella transazione, poi, anche il debitore rinuncia a ciò ch'egli crede suo diritto; nel concordato, invece, egli non rinuncia a nulla, ma ottiene, anzi, che rinuncino a qualche cosa i suoi creditori; insomma è un errore credere che il concordato sia una transazione ».

Il SALVIA, a sua volta, scrive: « o si considerino complessamente o singolarmente i varî accordi stretti fra creditori e commerciante debitore, mancano in essi entrambi gli elementi costitutivi della transazione, vale a dire la mutualità dei sacrifici e lo scopo di evitare e troncare una lite, relativamente a pretese controverse... » (articolo 1764 Codice civile) (4).

Così pure osserva il GUARIGLIA (5): « Fermata l'indole contrattuale del concordato, non ci resta che a dire che esso non è una transazione, perchè non si transige su diritti certi, bensì sugl'incerti ».

Trovo ancora due sentenze che seguono questa tesi: in primo luogo una sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 23 maggio 1891 (6): « Non è vero che il concordato

---

(1) *Dir. comm.*, X, pag. 122.

(2) *Corso*, vol. IX.

(3) Nel concordato giudiziale, anzi, questi diritti sono riconosciuti anche dal giudice, mediante la verificazione dei crediti, la quale dà loro un più spiccato carattere di *certezza*.

(4) Loc. cit., pag. 671.

(5) Op. cit., pag. 160.

(6) *Foro it.*, 1891, I, 654.

sia una transazione, e perciò regolato dagli articoli 1772 e 1773 Cod. civ.: se fosse una transazione dovrebbe essere consentito da tutti i creditori, nè vi sarebbe stata ragione di sottoporlo all'omologazione del Tribunale ». Qui, a dir vero, mentre la tesi è buona, l'argomentazione mi sembra un po' debole. Rientra invece nei soliti e saldi argomenti l'altra sentenza (1): « Nè si obbietti che il concordato, costituendo una transazione, non poteva... ecc.; perchè, come già si disse, il concordato implicava una remissione parziale del debito, non una transazione, della quale non ricorreva il noto estremo indispensabile delle concessioni reciproche » (art. 1764 Cod. civ.).

Ancora, nella sentenza in data 16 agosto 1901 della Corte di Cassazione di Palermo (2), trovo: « Questo (il concordato) non ha l'essenza giuridica della transazione, e nemmeno quella della novazione, sicchè ben fu definito un contratto di genere speciale ».

37. A tutto questo mi parrebbe di non avere altro da aggiungere, se di recente il Rocco, nel suo pregiato lavoro, non avesse tentato di far rientrare il concordato nella categoria delle transazioni, con una teorica molto elaborata e geniale, che val la pena di riferire il più ampiamente e fedelmente possibile.

Egli incomincia col dimostrare che l'elemento, essenziale alla transazione, dell'incertezza del diritto su cui si transige, non manca nel concordato, come vorrebbe la dottrina prevalente: « Non ostante le autorevoli affermazioni in contrario » egli scrive (3) « noi crediamo che il primo elemento, la *res dubia,* si riscontri nel nostro contratto.

« Dei due concetti che si hanno della transazione, uno più ristretto che lo vorrebbe considerare un istituto di carattere processuale, come un mezzo per porre fine alle controversie giuridiche, da collocarsi nella parte generale del sistema accanto alla sentenza, ed uno più ampio che lo ritiene un contratto, tendente a regolare rapporti giuri-

(1) App. Genova, 14 giugno 1901 (*Legge*, 1901, II, 375).
(2) *Legge*. 1901, II, 588.
(3) Rocco, op. cit., pag. 210 e segg.

dici comunque incerti (1), il nostro legislatore ha chiaramente dimostrato di volersi attenere al secondo. Esso ha definito la transazione come un contratto che ha per iscopo non solo di troncare controversie già sorte, ma anche di prevenire contestazioni future. Ora, se il concetto del legislatore fu questo appunto di comprendere nella categoria delle transazioni tutti quei contratti in cui si definiscono mediante concessioni reciproche rapporti giuridici incerti (2), è evidente che l'incertezza deve potersi riferire non soltanto all'*esistenza* del diritto, ma anche alla sua *realizzabilità*. E giustamente, perchè un diritto non contestato nella sua esistenza, può, nel procedimento esecutivo, incontrar tali e tanti ostacoli nella sua realizzabilità da rimanere praticamente annullato..... (3) Per noi adunque sono vere transazioni gli accordi delle parti diretti a porre fine o ad evitare la procedura di esecuzione..... Sia pure che i diritti dei singoli creditori sono accertati nella loro sussistenza giuridica: ma il mantenimento dell'uguaglianza sulla base dell'esecuzione collettiva dà luogo ad una limitazione reciproca dei varî diritti creditorii: limi-

---

(1) WINDSCHEID, *Pandekten*. § 413: « L'incertezza può aver la sua causa, ed è questo il caso principale, nella contestazione della ragione; ma anche in ciò che sia incerta l'esistenza futura o l'estensione o la realizzabilità della ragione ». Questo concetto della transazione è ormai dominante » (nota del Rocco).

(2) TROPLONG: *Du mandat, du cautionnement et de la transaction*, Bruxelles, 1846, art. 2044, n. 4, pag. 157: « La transaction peut se définir ainsi: un contrat synallagmatique, par lequel le consentement des parties termine, moyennant quelque chose que l'on promet, que l'on donne ou que l'on retient, une affaire douteuse, ou un procès incertain » (nota del Rocco).

(3) Più dimessamente e con minore esattezza scientifica, ma già con grande acume il CAVO (*Dig. ital.*, VIII, parte I, n. 3, pag. 342) aveva scritto: « Il credito che ad uno compete verso chi è fallito o sta per fallire può essere non litigioso, non controverso, rigorosamente parlando, perchè il debitore lo ammette: ma a che serve la liquidazione del credito, l'ammissione del debitore, se il creditore non può esigere il suo avere? Le circostanze anormali, in cui versa il debitore, imprimono al credito un carattere di quasi litigiosità e influiscono sul creditore persuadendolo ad accontentarsi d'una parte del suo credito..... »

Altrove però egli si dimostra più incerto: « Il concordato è un contratto « sui generis », complesso, che se non può rientrare negli angusti limiti della transazione, pure partecipa assai di questa, e importa novazione dei precedenti rapporti obbligatorî » (loc. cit., pag. 342).

tazione, la cui portata è attualmente incerta, e che verrà determinata dall'esito della liquidazione. Togliere di mezzo quest'incertezza, precisare fin d'ora i diritti d'ognuno, significa non solo porre termine al procedimento esecutivo concursuale contro il debitore, ma far cessare od evitare le controversie fra i varî creditori per la determinazione dei loro diritti rispettivi sul pegno comune..... Noi, dunque, non abbiamo difficoltà a riconoscere che il concordato appartiene alla grande famiglia delle transazioni, *di cui però costituisce una specie affatto particolare* per le seguenti caratteristiche:

« *a)* Quanto al concordato obbligatorio, perchè esso è regolato interamente dalla legge con norme particolari, dipendenti dalla natura pubblicistica del procedimento a cui esso mette fine;

« *b)* Quanto al concordato amichevole, perchè esso è diretto ad evitare un procedimento collettivo di esecuzione, ed è stipulato non fra due parti soltanto, ma da tutti i creditori fra loro e col debitore ».

38. Si potrebbe osservare anzi tutto, contro questa brillante teorica del Rocco, che, in fin de' conti, essa arriva alla conclusione che il concordato, giudiziale o stragiudiziale, è bensì una transazione, ma una transazione affatto particolare, *sui generis*. Ora io diffido un po' di queste costruzioni, le quali, volendo, per l'armonia giuridica del sistema, ricondurre una certa figura ad un tipo determinato, debbono poi aggiungere quel concetto e quell' espressione « sui generis », che disordina e confonde ogni cosa. Dire che il concordato è una transazione, ma una transazione diversa da tutte le altre, *sui generis*, equivale forse a negare che il concordato sia una transazione.

Ma è questa un'obbiezione puramente formale, e una dottrina così geniale come questa del Rocco vuol essere combattuta con ben altri argomenti. Certo, con mirabile acume e con poderose ragioni (1), egli arriva a scuotere,

(1) Prosegue il Rocco, dimostrando che nel concordato vi è anche il secondo elemento delle concessioni reciproche, con le stesse ragioni con cui si dimostra la bilateralità del concordato.

se non a distruggere, l'antica abitudine di negare senz'altro al concordato il carattere d'una transazione, in base a quei due criterii, che dottrina e giurisprudenza asserivano concordi. In verità, egli parte invece da concezioni nuove che sono di un'esattezza mirabile.

« L'incertezza d'un credito può riferirsi non solo alla sua esistenza, ma alla sua realizzabilità ». « Il concordato è un contratto bilaterale: dunque vi sono le concessioni reciproche ». « si contraddice nel modo più manifesto alla realtà delle cose affermando che non vi è transazione, ma semplice rimessione unilaterale, cioè donazione, nel contratto del creditore, il quale, dinanzi alle difficoltà d'una procedura esecutiva lunga, difficile e di incerto risultato, preferisce accettare dal debitore il tanto per cento o la promessa d'un pagamento spontaneo rateale ». « Il concordato non è soltanto un contratto fra creditore e debitore, ma anche fra creditori, e fra questi non si può disconoscere l'elemento delle concessioni reciproche ».

39. Tutto questo è veramente geniale ed esatto. Pure non mi pare di poter accogliere le conclusioni del Rocco. Mi pare anzi che da questa acuta elaborazione, quei due famosi criteri: mancanza d'una *res dubia,* mancanza dell'*aliquid datum, aliquid retentum,* cioè delle concessioni reciproche, escano più gravi e più efficaci di prima.

Ma ci vuol maggior cautela e maggior peso di argomenti per trarli fuori.

40. Prendendo ad esaminare, in primo luogo, l'elemento delle concessioni reciproche, rilevo anzitutto un lieve errore nella teorica del Rocco. Egli, infatti, sembra accusare gli avversari di dare al concordato il carattere d'una donazione, sol perchè gli negano quello d'una transazione. Non è vero. Io ho dimostrato poc'anzi, e la dottrina e la giurisprudenza concordemente lo riconoscono, che il concordato è un contratto bilaterale; dunque, non può muovercisi rimprovero di considerarlo come una donazione. Ma non per questo tutti i contratti bilaterali importano concessioni reciproche. Obbligazioni reciproche, sì: ma non *concessioni*

(Cod. civ., art. 1099). Altrimenti anche la compra-vendita entrerebbe, come dice il Rocco, nella « grande famiglia delle transazioni »!

Ciò premesso, può proprio dirsi contenuto nel concordato questo elemento delle concessioni reciproche, come il Rocco vorrebbe?

Non credo: e mi proverò a dimostrarlo, esaminando separatamente la questione sotto il duplice aspetto:

a) dei rapporti dei creditori col debitore concordatario,

b) dei rapporti dei creditori fra loro.

41. Nei rapporti fra creditori e debitore, non può negarsi che molto spesso costui faccia delle vere e proprie *concessioni*. Così, se egli accorda nuove ipoteche sui beni suoi o d'un terzo, se, in cambio della rimessione o dilazione od altro patto favorevole che si procura col concordato, accorda ai creditori la garanzia d'un buon fideiussore, se, in una parola, rinnova o rinforza con garanzie reali o personali i nuovi obblighi che viene assumendo mediante il concordato, è certo che concede qualche cosa egli pure. Ma prima di tutto questa forma di concessione è ben diversa da quella della transazione, non ha il carattere dell'*aliquid datum,* cui si contrapponga come corrispettivo l'*aliquid retentum.* Non v'è, insomma, una rinuncia da parte del debitore, se pur v'è, in certi casi, una concessione. In secondo luogo non si deve dimenticare che questa concessione non è affatto essenziale al concordato, il quale può anche avvenire in condizioni tali, nelle quali sia irrisorio parlare di concessioni da parte del debitore. Così quando il concordato si riduce alla remissione d'una parte del credito per ottenere subito il pagamento dell'altra, ovvero ad una dilazione, ovvero ad una remissione e dilazione insieme (e son queste le forme più comuni del concordato) non si vede che cosa il debitore « conceda »! È ben vero che egli procura un vantaggio ai creditori, i quali, facendo dichiarare o proseguire il fallimento, probabilmente ricaverebbero molto meno; ma non lo procura mediante una concessione. Non si deve dimenticare che non è una concessione il pagare una parte sola dei proprii debiti! Se ho insistito tanto a

ripetere che, col rinunciare, in una forma o nell'altra, ad una parte dei loro diritti, i creditori non regalano, o almeno non intendono di regalare, ma solo di fare il loro interesse, non mi si venga poi a dire che chi regala è il debitore! So bene: la transazione è un contratto, mediante il quale, le parti, dando, *promettendo*, o ritenendo ciascuna qualche cosa, prevengono una lite che può sorgere, ovvero pongono fine ad una lite già sorta. E certo il debitore, poichè assume nuovi obblighi mediante il concordato, *promette* qualche cosa. Ma quando pur manca, o almeno è in dubbio, l'altro elemento, la *res dubia*, non mi pare che questa forma di promessa basti a dare al concordato la figura giuridica della transazione. Altrimenti, ripeto, tutti i contratti bilaterali sarebbero transazioni.

42. Nei rapporti dei creditori fra loro è pur vero che la rinuncia dell'uno rappresenta il beneficio dell'altro. E ciò tanto più nel concordato stragiudiziale, nel quale la volontà dei creditori è più libera, e quindi più libera appare questa rinuncia. Ma non mi pare così libera da potersi dire spontanea. Se i creditori rinunciassero ad una parte dei loro diritti, anzichè agire *individualmente*, separatamente sui beni del debitore, vi sarebbe senza dubbio questo elemento delle volontarie concessioni reciproche. Ma i creditori invece in ogni modo sono costretti ad agire in comune. Una rinuncia, una limitazione dei loro diritti è già loro imposta dalla legge, col fallimento, che c'è già (concordato giudiziale), ovvero è imminente (concordato stragiudiziale). Precisare questa limitazione non è ancora, mi pare, rinunciare ad un diritto, come il Rocco vorrebbe.

Sta dunque che, anche a voler riconoscere come frequenti in pratica le concessioni reciproche, esse non sono affatto essenziali o necessarie in teoria pel concordato, mentre lo sono, per unanime consenso, per la transazione.

43. L'altro elemento della *res incerta* il Rocco lo deduce da ciò che, secondo lui, una transazione si avrebbe pure quando incerta sia non l'esistenza, ma l'estensione o la realizzabilità d'un credito. E sia: questo concetto è

veramente più ampio, più moderno, più rispondente alla logica giuridica che non l'altro, secondo cui la transazione si ridurrebbe ad un istituto processuale, da collocarsi accanto alla sentenza. Ma per quanto si voglia interpretare con larghezza questo concetto della incertezza d'un diritto, come elemento necessario della transazione, non si potrà mai allargarlo più che non consentano la lettera ed anche lo spirito della legge. La quale, nell'art. 1764, più volte citato, contiene quelle certe parole: « la transazione è un con« tratto, mediante il quale le parti..... pongono fine ad una « *lite* già cominciata o prevengono una *lite* che può sor« gere ». Interpreti pure il Rocco quell'incertezza più largamente che può; egli dovrà pur sempre riconoscere, come presupposto della transazione, una *lite* già sorta o che può sorgere.

Ciò premesso, dal confronto del concordato con la transazione risulta chiaro come non sia possibile ricondurre ad unità i due istituti, come il Rocco vorrebbe.

Il concordato è infatti un contratto, mediante il quale le parti pongono fine alla procedura di fallimento (c. giudiziale), ovvero la prevengono (c. stragiudiziale). Come dunque la lite sorta o che può sorgere forma il necessario presupposto della transazione, così il fallimento incominciato o imminente forma il presupposto ugualmente necessario del concordato.

Un passo ancora, e si può affermare che se il concordato è una transazione, il fallimento è una lite.

44. Basta quest'ultima deduzione per mettere in chiaro tutte le debolezze della teorica del Rocco.

Il fallimento non è e non può considerarsi una lite. È un procedimento destinato a mettere capo ad una liquidazione ed il cui carattere giuridico si esaurisce completamente in questa liquidazione. È ben vero che nel fallimento nascono a volte delle liti: ma esse non sono affatto essenziali a questo procedimento, non ne derivano come necessaria conseguenza, non sono spesso neanche accessorie; e se la legge le raccoglie e le affida all'esame ed alla competenza del tribunale medesimo, sotto la cui direzione e sorveglianza

ha da svolgersi l'intero procedimento, si è perchè non vuol frodi, non vuole parzialità disoneste, cui solo quel tribunale è in grado di scoprire e di impedire. Dedurre da questo che il fallimento sia una lite sarebbe gravissimo errore, perchè non è per nulla inconcepibile una procedura di concorso, in cui non si presentino contestazioni di sorta; errore altrettanto grave quanto quello di chi ritenesse una lite il procedimento di esecuzione forzata individuale (e il fallimento, in ultima analisi, non è che un istituto parallelo a questo): sarebbe lasciarsi grossolanamente ingannare dalle apparenze, ritenere che sempre, ogni qual volta interviene l'autorità giudiziaria, ci siano *diritti* da dichiarare, non *interessi* da tutelare. Inesattezza gravissima questa, che basta, credo, additare, perchè se ne vedano subito la portata e le conseguenze.

45. E' pare che il Rocco abbia, se non preveduto, almeno intuito questa grave obiezione, che pure non mi consta siagli ancora stata mossa da altri. Per questo egli cercò di asserire, che, d'altronde, si può avere una transazione indipendemente da una lite: « Non è per nulla necessario dare all'enumerazione delle due ipotesi dell'art. 1764, prevenire una lite che può sorgere, porre fine ad una lite già sorta, un valore strettamente tassativo; ma è, invece, ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto, per via di esemplificazione, affermare il concetto che può costituire oggetto della transazione la definizione d'un rapporto giuridico comunque incerto » (1).

46. Non posso seguire l'illustre autore in queste argomentazioni. In questo modo egli viene a sformare l'antica concezione della transazione: non si limita ad allargarne la portata, la sovverte per modo che io non so più quali siano i caratteri di quest'istituto. Certo, non più quelli che il Codice civile intende disciplinare nel citato articolo 1764 e seguenti. Da questo, non che dai corrispondenti articoli delle altre legislazioni e dalla tradizione storica dell'istituto

---

(1) Rocco, op. cit., pag. 212.

risulta che la transazione ha per presupposto necessario una lite. L'ipotesi del Rocco che il legislatore abbia inteso di esemplificare ha perciò, secondo me, il valore d'una pura ipotesi contraddetta all'evidenza dalla lettera e dallo spirito della legge. Tutto quello che da questa si può ricavare, interpretando con molta larghezza, si è quel senso generico dell'incertezza del diritto, nel quale, ripeto, concordo pienamente col Rocco. Ma il presupposto della transazione è necessariamente e sempre una lite. Tutto il resto è creazione geniale, ma fantastica. Per essa il Rocco viene a sformare il tipo storico della transazione, a creare un tipo nuovo, allo scopo di farvi entrare il concordato, il quale poi, ad ogni modo, costituirebbe sempre una transazione « sui generis ».

Francamente a me pare che l'effetto non coroni lo sforzo (1).

47. Un'altra questione è stata lungamente discussa fra gli autori: e precisamente la questione se il concordato possa dirsi una novazione degli antichi obblighi del debitore concordatario. Che sia una novazione vera e propria non

---

(1) A convalidare queste obbiezioni alla teorica del Rocco, a ribadire l'antica dottrina prevalente che nega che il concordato sia una transazione, valga quest'importantissimo brano della sentenza 12 dicembre 1890 del Tribunale di Pisa (*Dir. comm.*, 1891, 35):

« Transazione non è e non può dirsi il concordato: questo vocabolo deve avere, quando è adoperato dalla legge, il significato stesso che la legge gli dà con la relativa definizione..... Dando un significato diverso, sarebbe ritenere che il legislatore abbia usato un linguaggio improprio, contrario al significato giuridico dato da tutti i legislatori, non escluso il nostro. Ora la transazione è il contratto di cui parlano le leggi di Roma: Dig. lib. II, tit. XV; lib. IV, tit. VIII; Cod., lib. II, tit. IV; leg. 1, 2, 38.....; Or bene a proposito il Bigot Préameneau, oratore del Governo, disse che le « droit douteux » è di essenza alla transazione, e che spesso si dà tal nome ad atti di altra natura. E la l. 1, ff. *De transact.*, dice: « immo non est transactio nisi rei dubiæ..... » Il concordato non è pel dubbio dei diritti, ma spesso o quasi sempre per l'insolvibilità del debitore; in esso possono per diritto ricevere i creditori tutto il loro avere senza rilasciare nulla al momento o a termine o a rate. E sebbene ciò di rado succeda, pure dimostra che può esserci concordato senza l'« aliquid datum » e l'« aliquid retentum », e quindi non è transazione, e appunto come tale non fu mai ritenuto dalla scuola..... » PASANISI, *Nota alla sentenza della Corte d'Appello di Roma*, 22, XII, 1903 (*Foro it.*, 1904, I, 446).

fu sostenuto veramente da alcuno, ed a torto quasi tutti gli scrittori, nel dimostrare l'asserto contrario, hanno mosso in guerra contro il VIDARI, il quale affermò bensì che il concordato abbia « effetto novativo », ma pare, a dire il vero, assai poco convinto di questa sua affermazione, giacchè poco dopo riconosce che il concordato è un contratto « sui generis » (1).

Comunque, poche volte la dottrina in Italia ha dato un esempio di così mirabile concordia, come nel negare al concordato ogni e qualsiasi carattere di novazione. Ad eccezione del CAVO, che ancora ebbe a professare opinione affermativa (2), tutti gli altri scrittori, che si sono occupati della materia la pensano ormai nello stesso modo, dacchè il GIORGI, che in una nota ad una sentenza della Corte di Cassazione di Roma, del 24 febbraio 1891, aveva accettato l'opinione del VIDARI e del CAVO, si è dichiarato anch'egli con la dottrina dominante in un'ulteriore edizione della sua *Teoria delle obbligazioni* (3).

Così il BIONDI (4), il REZZARA (5), il GUARIGLIA (6), il CUZZERI (7), il RAMELLA (8), il BONELLI (9), e, più acutamente e profondamente, come al solito, il ROCCO (10), nonchè la Corte di Cassazione di Roma, con sentenza 5 giugno 1894 (11), la Corte d'Appello di Genova (4 aprile 1888) (12), e la Corte di Cassazione di Torino (13), negano senz'altro che il concordato implichi novazione (14).

---

(1) VIDARI, *Corso*, 8544 e 8438.
(2) CAVO, voc. *Concordato*, nel Dig. it., n. 3, cit.
(3) GIORGI, *Foro it.*, 1891, I, 413-418 (in nota); *Teoria delle obbligazioni*, 1900, vol. VII, n. 392.
(4) BIONDI, *Concordato amichevole*. pag. 91.
(5) REZZARA, *Il concordato*, ecc., cit., n. 201, pagg. 357-58.
(6) GUARIGLIA, op. cit., pag. 273.
(7) CUZZERI, *Comm. Cod. comm.*, n. 833.
(8) RAMELLA, *Trattato del fallim.*, cit., vol. II, n. 541.
(9) BONELLI, *Comm. Cod. comm.*, cit., parte II, n. 657, 3.
(10) ROCCO, op. cit., pag. 181 e segg.
(11) *Temi gen.*, 1894, 514.
(12) *Rep. Foro*, 1888, voce *fallimento*, n. 156.
(13) *Giur. tor.*, 1894, 654.
(14) Adde: Cass. Torino, 15 giugno 1892 (*Giur.*, 705); App. Roma, 31 gennaio 1902 (*Temi rom.*, 78); App. Roma, 16 gennaio 1903 (*Temi*

48. Le ragioni fondamentali sulle quali la dottrina concorde si fonda per negare che nel concordato vi sia novazione sono (a parte una concezione affatto moderna dell'*animus novandi* molto più rigorosa e ristretta di quella del diritto romano, in cui lo rendeva molto più frequente la presenza del contratto formale solenne) (1): che nel nostro diritto e in genere in tutte le legislazioni moderne l'*animus novandi* non si presume, e ciò per esplicita disposizione dell'art. 1269, come eccezione al principio dell'art. 1121, secondo cui « la causa del contratto si presume sino a che non si provi il contrario »: che pertanto l'*animus novandi* deve risultare dalla volontà espressa o tacita di effettuare la novazione: che di volontà espressa non è il caso di parlare nel concordato; che nella normalità dei casi, ed all'infuori di certe forme particolari, nelle quali si ammette senza discussione che il concordato possa implicare novazione (2), la volontà tacita deve risultare da una tal modificazione della antica obbligazione, che appaia incompatibile con la volontà di non costituirne una nuova: che pertanto non basta a far sorgere una nuova obbligazione sostituibile all'antica la *modificazione* delle *modalità* o *degli effetti* di questa, quale si contiene normalmente nel concordato: che, per conseguenza, delle tre forme di novazione specificate dall'art. 1267 Cod. civ., nessuna, normalmente, si verifica nel concordato.

49. La conseguenza pratica fondamentale di questo principio si è che i creditori, dopo la conclusione del con-

---

rom., 1903, 40. - Contra: App. Genova, 11 ottobre 1887 (*Giur. it.*, 1888, 84); App. Genova, 8 aprile 1889 (*Giur. it.*, 1889, 488); Cassaz. Torino, 17 aprile 1894 (*Giur.*, 1894, 654).

(1) Rocco, op. cit., pag. 182; Vivante, *Trattato di Dir. comm.*, II, n. 1611.

(2) « Ammettiamo, scrive il Rocco, che in qualche caso speciale il concordato possa importare novazione: se, per esempio, le parti dichiarino espressamente di voler totalmente estinti i debiti antichi e i loro rapporti regolati diversamente, mediante costituzione di nuove obbligazioni: se all'obbligo di pagare una cosa sostituiscono quello di pagarne un'altra sostanzialmente differente; se, eliminata la persona del debitore, gli sostituiscano altri nell'obbligazione..... (op. cit. pag. 183, nota 9).

cordato, giudiziale o stragiudiziale, conservano l'azione antica per far valere il loro credito, pur ridotto e modificato dal concordato stesso, il quale varrà come titolo d'eccezione al debitore convenuto, in quanto egli lo abbia fedelmente eseguito e sieno i creditori che non vogliono rispettarlo. Che se l'inadempiente sia il debitore stesso, allora risorgono i titoli antichi di credito a vantaggio dei creditori, indipendentemente dal concordato. Ma di ciò più ampiamente, quando parlerò della risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale (1).

Altra conseguenza di grande importanza pratica di questo principio si è che la condizione dei coobbligati e fideiussori in conseguenza del concordato amichevole stragiudiziale, qualunque essa sia (e il determinarla formerà oggetto di attento esame), non può essere dedotta dall'art. 1277 Codice civile, se non in quei rari casi, in cui il concordato implica novazione dei precedenti vincoli obbligatorii fra debitore e creditori che vi addivengono (2).

50. Messi da parte così, per successive eliminazioni, tutti i tipi contrattuali a cui ho tentato invano di ricondurre la figura del concordato, sorge spontanea la domanda stessa che si è dovuta rivolgere il VIDARI:

« Che cos'è, dunque, il concordato, anche amichevole? »

Io credo che sia proprio il caso di rispondere che è un contratto « sui generis ».

Della stessa opinione fu la Corte d'Appello di Milano, in sentenza del 21 luglio 1891 (3). E più chiaramente la Corte di Cassazione di Roma, con sentenza del 23 maggio 1891 (4), di importanza veramente capitale per tutta la materia del concordato, affermava: « Escluso il concetto della transazione, bisogna ritenere che il concordato è una convenzione bilaterale *sui generis* tra il fallito ed i suoi creditori ».

---

(1) *Ultra*, cap. IX.
(2) Cfr. cap. VIII, n. 140.
(3) *Foro italiano*, 1891, I, 1330.
(4) *Foro italiano*, 1889, I, 1330.

51. Contro questa frase « sui generis », di cui in verità si abusò forse un po' troppo, sogliono scatenarsi le ire degli scrittori, che generalmente se ne mostrano diffidenti, come di cosa atta forse a mascherare, ma non certo a dissipare la nostra ignoranza. E l'affermare che il concordato sia un contratto *sui generis* potrebbe parere la stessa cosa che il confessare di non sapere che contratto esso sia.

Non è vero, o per lo meno questa critica, in questo caso, appare inopportuna.

Io so benissimo ormai (e mi dispongo a trattarne fra poco) quali sono i caratteri e i requisiti essenziali del concordato amichevole stragiudiziale, posso ormai tentare di definire questo contratto con una certa esattezza: tuttavia non posso ricondurlo ad un tipo di contratto « nominato ». Ho dovuto riconoscere che esso presenta notevoli analogie con questo o con quell'altro tipo contrattuale, a seconda del contenuto e delle circostanze: ma da un confronto tra queste singole forme ed il concordato son venute fuori differenze tali, che per numero ed importanza superano di gran lunga le analogie e non permettono proprio di ascrivere il concordato ad una piuttosto che ad un'altra delle forme contrattuali già conosciute.

Allora io non so, francamente, perchè debba pesar tanto ad alcuni il riconoscere questo stato di cose, sì da indurli a far ogni sforzo per sovvertirlo con analogie manchevoli, con artifiziose costruzioni, le quali, in ultima analisi, riescono a turbare l'armonia del sistema ed a gittare dovunque una gran confusione. È vera mania dei nostri tempi, ingenerata da una giusta ammirazione pel mirabile sistema di diritto tramandatoci dai romani, quella di sforzarsi a far rientrare qualunque rapporto, per quanto nuovo ed impreveduto, in quel sistema. E può rientrarvi e per regolarlo basta spesso la retta applicazione di quei principii generali che, in sostanza, sono ancora quali li han lasciati i romani. Ma non può assumere con esattezza il nome di uno dei contratti già pienamente regolati dal diritto romano molte volte. E si capisce: chè, per quanto il diritto romano possa avere avuto uno sviluppo meraviglioso, tuttavia, allargandosi sempre più le relazioni fra gli uomini, è naturale che quel

diritto non basti più e si vengano formando a poco a poco delle figure contrattuali nuove, le quali non possono ricondursi ad alcuno dei tipi « nominati » nel diritto romano. La stessa romana distinzione fra contratti «nominati» ed «innominati»; che ci appare nell'ulteriore sviluppo del sistema, quando ad ogni contratto, di qualunque natura, si finì per concedere un'azione propria, dando peso soltanto alla volontà delle parti liberamente manifestata, ci ammaestra a non meravigliarci di questo fenomeno. Essa appare come un tacito e geniale riconoscimento di questa verità: che nella vita dei popoli si vengono formando a poco a poco dei rapporti nuovi, che prima non potevano prevedersi. Riconobbero i Romani stessi, mediante quella distinzione, che le parti potevano ben dar vita ad un contratto diverso da quelli nominati: è logico quindi ammettere che se contratti diversi da quelli nominati possono prevedersi nello stesso momento in cui si crea un sistema legislativo, tanto più numerosi e nuovi dovranno poi presentarsi nel correr dei secoli. Ed è gran fortuna che ciò accada: chè, se il diritto deve considerarsi (ed è senza dubbio) lo specchio della vita sociale, l'esserci sufficiente il sistema romano, il trovar noi in quello il « nome » e le norme d'ogni nostro nuovo rapporto, vorrebbe dire che in secoli e secoli noi non avremmo progredito d'un passo.

Il concordato, come il fallimento del resto, è il frutto d'una vita nuova, è la naturale conseguenza d'un movimento commerciale tutto proprio dell'epoca moderna, la quale ha dato vita ad altri rapporti contrattuali che non possono entrare in nessuna delle categorie di contratti speciali tramandateci dal diritto romano. Pertanto, come è tutto proprio dei nostri tempi il diritto pubblico che i Romani quasi non conobbero: come, in diritto privato, è nuova la cambiale, come a nessuno potrebbe venire in mente di assimilare ad una qualunque delle antiche forme contrattuali il contratto di assicurazione, così io non so capire che male ci sia nel riconoscere una buona volta, risparmiando fatiche geniali e sforzi inutili, che il concordato, poichè non è remissione, nè transazione, nè novazione, sia concordato, e nulla più.

PARTE SECONDA

APPLICAZIONI PRATICHE

TITOLO II.

REQUISITI E CAPACITÀ

CAPITOLO IV.

Gli elementi costitutivi del contratto.

SOMMARIO. — 52. Quali sono? — 53. In dottrina si parla di due requisiti: *a*) Unanimità dei creditori: *b*) Uguaglianza di trattamento. — 54. *A*) È necessaria l'unanimità dei creditori? Opinione affermativa del LANNI e del BOLAFFIO. — 55. Confutazione di questa dottrina. — 56. Esame delle conseguenze pratiche che ne derivano. — 57. 1° Se occorre il consenso di tutti i creditori, bisognerà disinteressare i dissenzienti (GUARIGLIA, BOISTEL, CUZZERI). — 58. Assurdità di questa conseguenza. — 59. 2° Il concordato stragiudiziale, già concluso, può cader nel nulla per volontà d'un creditore dissenziente (BOLAFFIO e App. Venezia, 16 luglio 1894). — 60. Assurdità di questa seconda conseguenza. — 61. Conclusione e conseguenze pratiche. — 62. *B*) È necessaria, nel c. a. s., l'uguaglianza di trattamento fra i creditori che vi consentono? — 63. La questione dei vantaggi speciali nel c. a. s. — 64. Il BOLAFFIO vorrebbe applicare le sanzioni penali degli art. 866-67 cod. comm. — 65. Confutazione. — 66. Sentenza 21 luglio 1891 della Corte d'A. di Milano, che riconosce validi in ogni caso i vantaggi speciali. — 67. Opinioni conformi del GUARIGLIA e del RAMELLA. — 68. Opinioni intermedie. — 69. Mia opinione. Si deve distinguere secondo che le convenzioni recanti vantaggi speciali sono palesi o nascoste — Se sono palesi, se cioè fanno parte del c. a. s., sono valide. — 70. Se nascoste, sono nulle, in applicazione della teoria civilistica dell'errore. — 71. È irrilevante che la maggior somma sia stata pagata dal debitore o da un terzo. — 72. Altre ipotesi pratiche. — 73. Contrasto fra la logica giuridica e la pratica dei fatti. — 74. Come deve intendersi il criterio dell'uguaglianza di trattamento, quale requisito essenziale del c. a. s. — 75. Conclusione.

52. Nel capitolo precedente ho dovuto prendere in esame alcune questioni concernenti il concordato in genere, anzichè l'una o l'altra delle sue forme particolari. Restringo nuovamente le mie indagini a quella tra queste forme che ho scelta come oggetto particolare del mio studio, cioè al concordato amichevole stragiudiziale.

Il quale, al pari d'ogni altra figura contrattuale, si presenta con degli elementi costitutivi, con dei requisiti essenziali, che non pur ne costituiscono il fondamento essenziale, ma servono anche a distinguerlo da ogni altro contratto. Pertanto sarà oggetto di questo capitolo lo studio di questi requisiti essenziali, in quanto mi consenta di venire poi, valendomi degli elementi già raccolti a tal fine, ad una esatta definizione dell'istituto.

53. La dottrina a questo proposito, appare molto discorde. Alcuni autori, infatti, si ispirano al concetto dell'unanimità dei creditori: altri al solo criterio dell'uguaglianza di trattamento: altri, infine, partono da entrambi questi concetti ad un tempo.

Fra questi ultimi trovo il Lanni (1): « I requisiti essenziali che deve avere il concordato amichevole, a nostro parere, sono due: il primo è che sia consentito da tutti i creditori: il secondo che la condizione di tutti i creditori sia pari, così come deve essere nel concordato giudiziale ».

54. Comincierò coll'esaminare attentamente il primo requisito.

Il Lanni lo chiarisce meglio, continuando: « Abbiamo detto che il concordato deve essere consentito da tutti i creditori, perchè altrimenti avremo degli accordi e contratti parziali, ma non avremo il concordato amichevole..... » (2).

Così pure il Bolaffio (3): « Occorre il consenso di tutti i creditori, e quindi, a differenza del concordato (4), nessuna

---

(1) Lanni, op. cit., pag. 391-392.

(2) Ivi.

(3) Bolaffio, *I componim. priv.*, cit., nella *Temi Ven.*, 1886, pag. 133 e segg.

(4) Cfr. Capo I, n. 11, a proposito della distinzione che fa il Bolaffio fra concordato e componimento amichevole.

maggioranza può imporlo; al più i consenzienti sarebbero in facoltà di disinteressare i dissenzienti per conseguire l'unanimità di suffragi, senza la quale non può effettuarsi un accordo privato ».

55. Questa dottrina contraddice apertamente al concetto di concordato amichevole stragiudiziale, quale l'ho delineato lentamente fin qui, e però non credo di poterla accettare.

Che cos'è, infatti, il concordato stragiudiziale?

È, per quanto ho potuto dirne fin qui, un contratto bilaterale fra il debitore e i creditori, concluso allo scopo di evitare il fallimento. Ho già detto che il fallimento forma il presupposto del concordato stesso, e che nell'evitarlo sta e si esaurisce tutta la natura giuridica dell'istituto in esame (1). Per conseguenza, quando vi sia il consenso di tanti creditori quanti ne occorre per togliere di mezzo l'insolvenza, quando insomma quello scopo sia raggiunto, il concordato c'è, ed è perfetto. E così, se il debitore riesce ad accordarsi anche *con uno solo* dei suoi creditori, di guisa che la remissione o dilazione o concessione di qualunque natura che ne ottenga basti a toglier di mezzo lo stato di insolvenza in cui esso debitore si trova, vi sarà ugualmente un concordato, e validissimo. So anch'io che quanto maggiore sarà il numero dei creditori consenzienti, tanto più lieve sarà il loro sacrificio individuale, e quindi tanto più facile ed utile la conclusione del concordato stragiudiziale (Rocco), ma non si deve confondere ciò che è utile o conveniente con ciò che è giuridicamente necessario. E in una materia come questa, che il legislatore ha lasciata completamente alla piena ed assoluta libertà delle parti, non è lecito imporre restrizioni, le quali questa libertà o sopprimerebbero o renderebbero poco meno che irrisoria. Pretendere pel concordato stragiudiziale il consenso di tutti i creditori è, come bene osserva il Rocco, renderlo il più delle volte impossibile. E per questa via si ritorna a quanto ho già detto, col Rocco stesso, nel capitolo I. Se con tale restrizione si intende di porre un freno alle frodi, per le quali il concordato stragiudiziale appare al Bolaffio

(1) Cfr. Cap. III, n. 43.

come un istituto sempre pericoloso, val meglio proporre l'abolizione dell'istituto stesso. Abolirlo, se pericoloso o dannoso, sì: sformarlo, no; non è logico e nemmeno opportuno!

Il legislatore sa bene che molto spesso, quando un commerciante si trova in condizione di non poter più pagare i suoi creditori, suol addivenire con questi ad un concordato amichevole stragiudiziale, mediante il quale evita la procedura di fallimento (1). Sapendo questo, se avesse stimato opportuno di imporre delle restrizioni, le avrebbe imposte, e non avrebbe serbato il più completo silenzio sulla materia, lasciandola così sotto il governo esclusivo dei principii generali e della volontà dei contraenti. Quel vecchio e famoso argomento: « lex ubi voluit, dixit: ubi tacuit, noluit », del quale, a dir vero, si abusa un po' troppo per far dire e disdire alla legge ogni cosa a capriccio, trova qui veramente un opportuno riferimento pel fatto che, creando (cattiva creazione!) l'istituto affine del concordato amichevole di fallimento (art. 830: cfr. cap. I, n. 8 e segg.) il legislatore ha dichiarato esplicitamente essere necessario per questo il consenso di tutti i creditori. Si può dunque inferirne (considerando che questa disposizione, in fin de' conti, rappresenta una eccezione al *jus commune,* una singolarità, meglio una restrizione), che, come tale, essa *non est producenda ad consequentias,* ed argomentare quindi che il legislatore non volle imporre anche pel concordato amichevole stragiudiziale questa restrizione, la quale il Bolaffio desume dal solito inesatto sistema di confronti inopportuni fra il concordato di fallimento e quello fuori di fallimento.

---

(1) Il Biondi nella prima parte del suo lavoro più volte citato sui concordati amichevoli, e precisamente nel capitolo primo, mette egli pure in chiara luce tutto il pericolo del concordato stragiudiziale, sì e come suol essere praticato ai nostri giorni dai commercianti: sì che, dopo aver riportato due sentenze, una del Tribunale di Napoli (18 aprile 1888), l'altra della Corte di Appello, pure di Napoli, l'una e l'altra dichiaranti la nullità d'un concordato stragiudiziale concluso con alcuni creditori soltanto (è però d'uopo avvertire che questa nullità fu dichiarata in seguito all'apertura del fallimento, su domanda del curatore stesso) (pag. 7-16, op. cit.), logicamente egli richiede, perchè si abbia concordato amichevole, il consenso di tutti i creditori (ivi, n. 69, pag. 85).

Nel concordato giudiziale sì è logicamente necessario il consenso unanime dei creditori, tant'è che la legge ha bensì stabilito per questo concordato, ove manchi il consenso di tutti, almeno quello della maggioranza; ma ciò solo per una *fictio juris,* in virtù della quale si presume che questo consenso della maggioranza equivalga e rappresenti quello dell'unanimità (1). Ma questo si spiega pensando alla maggiore efficacia del concordato giudiziale, il quale è obbligatorio per tutti. Dovendo obbligare tutti è necessario che tutti vi acconsentano; e quella importanza che si dà al volere dei più, non si spiega altrimenti se non ammettendo che questo volere, nel pensiero del legislatore e per la pratica necessità delle cose, rappresenti e sostituisca il volere di tutti. Ma nel concordato stragiudiziale, nel quale (e su ciò non si è mai sollevato dubbio da alcuno) manca questa obbligatorietà, nel quale gli effetti si restringono ai creditori consenzienti, non si può pretendere l'unanimità. Unanimità (o maggioranza legale equivalente) ed obbligatorietà per tutti i creditori sono due termini correlativi. È dunque grave errore e fonte di confusione il separarli e pretendere di fissar l'uno dove l'altro manca assolutamente.

56. Un breve esame *a posteriori* convincerà, credo, ancor meglio dell'inesattezza della dottrina che sto confutando.

Se le dottrine non devono avere soltanto una portata teorica, un valore di pura astrazione, ma devono pur avere qualche riflesso nel campo della pratica, le conseguenze della dottrina in esame non possono essere che queste:

1° Che i creditori dissenzienti dovranno essere disinteressati, cioè pagati integralmente prima, perchè appongano la loro firma al concordato stragiudiziale, senza di che non si ha l'unanimità;

2° Che, ove qualcuno di loro non avesse firmato, abbia, *sempre ed in ogni caso,* la facoltà di porre nel nulla gli accordi per tal modo conclusi, facendo dichiarare il fallimento senz'altro.

---

(1) Cfr. Appendice al cap. II, pag. 44 e segg.

E che queste conseguenze non sieno un parto della mia fantasia, ma la logica deduzione di quel principio, se ne ha una prova evidente nel fatto che gli autori stessi od i magistrati che hanno ammesso questo, son discesi a quelle senz'altro.

57. Quanto alla prima conseguenza, « Per raggiungere il fine (scrive il GUARIGLIA) (1), che si propongono gli interessati, di evitare, cioè, un'apertura di concorso, è indispensabile che tutti i creditori abbiano aderito ad addivenire ad un componimento col debitore: chè, se alcuni di essi si rifiutassero, *alle parti non resterebbe che disinteressarli,* non potendo usarsi su di essi alcuna costrizione ». « Se si hanno dei dissidenti che non vogliano consentire a quello che tutti gli altri ritengono utile, si può, col consenso di tutti, disinteressarli prima, e poi ottenere l'unanimità » (2).

« Il concordato amichevole stragiudiziale presuppone il consenso unanime dei creditori per un'unica proposta del debitore..... Basta dunque la renitenza di alcuni o di uno solo fra i creditori per impedire che il componimento si effettui, e per togliere l'ostacolo alla sua conclusione, non resta agli aderenti che disinteressare i dissenzienti » (3).

58. Ma disinteressare i creditori dissenzienti allo scopo di ottenere anche la loro adesione, e quindi l'unanimità dei consensi, mi sembra un'assurdità. Trasformare i dissenzienti in consenzienti è un certo miracolo che, nel concordato giudiziale, può fare utilmente la legge, per quella particolare *fictio juris,* cui ho accennato poc'anzi, e col mezzo dell'obbligatorietà; ma nel concordato amichevole stragiudiziale mi pare superfluo ed assurdo. In sostanza, ottenuta l'adesione d'un certo numero dei creditori, si verrebbe a dire a coloro che non vogliono saperne: « vi si paga integralmente, purchè e perchè firmiate anche voi il concordato ». Ma che valore potrà mai avere questa firma, puramente formale?

(1) GUARIGLIA, op. cit., pag. 121.
(2) BOISTEL, *Précis de droit commercial*, n. 1067.
(3) CUZZERI, *Commenti al Cod. di comm.*, VII (Fallimento), n. 833, pag. 513.

Delle due l'una: o le adesioni già ottenute sono tali da permettere al debitore di adempiere integralmente i suoi impegni verso i dissenzienti, ed allora egli può fare a meno del consenso di questi; per conseguenza il concordato c'è già ed è perfetto, dacchè gli accordi conclusi con gli assenzienti tolgono di mezzo l'insolvenza del debitore. E se questi è dal concordato posto in grado di pagare i dissenzienti (disinteressarli) costoro, per ciò solo che vengono pagati integralmente, cessano di essere creditori; la loro firma quindi sull'atto, da cui si farebbe risultare il concordato stesso, non solo è puramente formale, ma è anche illogica ed inutile.

Ovvero gli accordi conclusi con una parte sola dei creditori non sortiscono l'effetto di togliere di mezzo l'insolvenza, non permettono al debitore di soddisfare eventualmente i dissenzienti. Ma in questo caso non può dirsi che vi sia concordato, come dimostrerò meglio fra breve (1).

59. L'esame dell'altra conseguenza di questa dottrina (2°) proverà meglio quanto essa sia errata.

« Il concordato amichevole » scrive il Bolaffio « richiedendo l'unanimità di tutti i creditori, è a rischio e pericolo di quei creditori che vi hanno aderito; se qualche nuovo creditore comparisce può far cadere nel nulla quanto fu fatto senza il suo consenso..... » (2). E la Corte d'Appello di Venezia, con sentenza del 16 luglio 1894, sentenza che è tutta, con licenza, un capolavoro di assurdità, sostiene:

---

(1) *Infra*. n. 60.

(2) Bolaffio, *I componim. privati*. cit. nella *Temi Veneta*. 1886, pag. 133 e segg. L'esperienza insegna, in verità, che se i concordati stragiudiziali, o componimenti amichevoli che dir si vogliano, sono a carico e a rischio di qualcuno, si è precisamente a carico e rischio dei dissenzienti, non degli assenzienti. Accade molto spesso infatti che questi accordi, fatti nascostamente coi creditori più vicini e più furbi, servano, anzichè ad evitare durevolmente l'apertura del fallimento, ad assottigliare e sperperare a vantaggio di pochi le ultime attività del debitore commerciante, di guisa che, dichiarato poi il fallimento ad ogni modo, i più danneggiati da questi componimenti amichevoli sono appunto coloro fra i creditori che non hanno potuto o voluto prendervi parte.

« Il privato componimento fra il commerciante che tro-
« vasi in istato di cessazione dei pagamenti ed i suoi credi-
« tori, rende inapplicabili le norme che riguardano la dichia-
« razione di fallimento *soltanto nel caso che* ***tutti i creditori***
« ***abbiano consentito sul pagamento del loro credito.***
« *Mancando la prova dell'accettazione del componimento anche*
« *da parte d'un solo creditore,* ***deve essere dichiarato d'uf-***
« ***ficio il fallimento*** *(!!)* e determinata la data della cessa-
« zione dei pagamenti..... ».

Ecco la motivazione: « Non è dalla legge nostra cono-
« sciuta nè ammessa alcuna procedura di componimento
« amichevole fra chi cessò dai pagamenti ed i suoi creditori,
« salvo ciò che è stabilito per la moratoria (art. 825), ove
« ne esistano gli estremi (1). Vero è che ove tutti i credi-
« tori si accordino col negoziante che cessò dai pagamenti
« per rimettergli in tutto (2) o in parte i debiti suoi, o per
« concedergli rateazioni od altri favori che tolgano di mezzo
« lo stato di cessazione dei pagamenti in cui egli si trova,
« cessa necessariamente l'applicazione delle norme che
« riguardano la dichiarazione di fallimento e all'ombra d'un
« tale convegno il commerciante così favorito dai creditori
« continua senz'altro il suo commercio.

« Ma condizione imprescindibile perchè il suddetto pri-
« vato componimento possa recare tale effetto, si è che tutti
« i creditori abbiano convenuto sul pagamento del proprio
« credito, mentre questo solo consenso generale vale ad
« escludere lo stato di cessazione dei pagamenti, il quale
« rimane invece con tutti i suoi effetti anche se un solo cre-
« ditore avesse dissentito dal componimento proposto... » (3).

---

(1) Tanto vale, nientemeno!, negare che ci sia un istituto, se non nella legge, almeno nella pratica, che porti il nome di concordato amichevole stragiudiziale!

(2) Tengo a far notare queste due parole « in tutto o in parte ». Per esse la Corte d'Appello di Venezia implicitamente ammette la possibilità d'una remissione totale da parte di uno o più creditori, nel concordato giudiziale o stragiudiziale. È questa una questione abbastanza importante, che tratterò in seguito, e relativamente alla quale il mio modesto parere concorda pienamente con quello dell' Ecc.ma Corte veneziana (cfr. cap. VI, n. 95).

(3) *Temi veneta*, 1894, 625.

60. Vediamo: un commerciante oberato, non potendo soddisfare ai suoi impegni, si rivolge ad alcuni fra i suoi creditori (probabilmente comincerà dai più grossi) e riesce ad ottenere da loro delle remissioni o dilazioni o concessioni di qualunque natura, atte a formar la base ed il contenuto d'un concordato. Salta fuori un creditore al quale egli non si sia ancora rivolto. Che fa il commerciante oberato? Probabilmente gli proporrà le stesse condizioni pattuite coi creditori che precedentemente assentirono. Allora, delle due l'una: o il nuovo creditore accetta, e non v'è questione di sorta, ovvero non accetta e pretende il pagamento integrale del suo credito. In questa ipotesi, bisogna ancora distinguere, secondo che il debitore sia o no in grado, in conseguenza appunto delle condizioni fattegli dai creditori assenzienti, di soddisfare integralmente questo dissidente. Se non è in grado, siamo tutti d'accordo nel ritenere che possa farsi luogo al fallimento; ma ciò non perchè quel tale creditore non abbia partecipato alla convenzione, non perchè al concordato amichevole stragiudiziale sia venuta meno l'unanimità dei consensi, ma perchè un concordato, nel vero senso della parola, non c'è. Vi saranno degli accordi speciali, il cui valore, sempre discutibile, dipenderà dalle circostanze, ma non un concordato. Concordato, se quanto ho detto fin qui non è tutta una serie di errori, si ha solo quando il debitore, mediante accordi di varia natura, evita o fa cessare il fallimento. Non può dunque ritenersi che abbia concluso un concordato chi, per non essere in grado di soddisfare integralmente i creditori dissenzienti in virtù degli accordi già stipulati cogli assenzienti, rimane nello stato di insolvenza, e quindi nel pericolo d'essere dichiarato in fallimento.

Se invece in seguito a quegli accordi il commerciante oberato è in condizione di poter soddisfare integralmente il dissenziente, non si capisce che cosa questi possa ancora ragionevolmente pretendere! Il fallimento? Secondo la Corte d'Appello di Venezia, sì: chè anzi potrebbe dichiararlo d'ufficio il Tribunale, senz'altro, pel solo fatto che gli consti esservi un dissenziente, senza indugiarsi nemmeno ad esaminare quali condizioni, in seguito a quegli accordi, possa il

debitore fare a costui. Ma io non so proprio immaginare il fallimento d'un commerciante, il quale è in grado di pagare ed effettivamente paga per intero quei creditori stessi che insistono pel fallimento. E bisognerebbe poi creare un articolo 709 a rovescio per porre nel nulla il concordato stragiudiziale validamente conchiuso fra il debitore e gli assenzienti, anteriormente alla procedura di fallimento.....

Non par vero che la dottrina e la giurisprudenza possano sostenere di queste assurdità! (1).

---

(1) Pure è straordinario il vedere come anche di recente i più eletti fra i nostri scrittori incorrano in quest'errore, e dimostrino comunque, di non avere, intorno a questo punto delicatissimo, idee molto chiare. Oltre a quelli citati al n. 57 e al n. 59, cito il CAVO (*Dig. ital.*. cit.): « Perchè il concordato amichevole (stragiudiziale) avvenga si richiede il consenso di tutti i creditori: e ciò è evidente perchè da un lato abbiamo un contraente, il debitore, dall'altro abbiamo l'insieme dei creditori che deve prestare il suo assenso alla proposta del debitore, e che rappresenta l'altra parte contraente; l'unione dei consensi deve aver luogo, e non si potrebbe verificare un concordato amichevole, se una parte sola dei creditori vi aderisse ».

Qui si confonde, senza badarci, il concordato stragiudiziale col giudiziale; c'è in questo, ma manca assolutamente in quello la fusione dei creditori in un solo organismo (cfr. cap. III, n. 21), e qui sta, nè dovrebbesi così leggermente dimenticare, la più saliente divergenza fra i due istituti.

Il VIDARI, normalmente così acuto e geniale, sostiene qui una vera enormità: « Se si vuole che il concordato abbia effetto verso tutti i creditori, naturalmente è necessario che anche tutti concorrano ad acconsentirlo; perchè non vi può essere contratto, se non vi ha il libero e pieno consenso di ciascun contraente; e perchè i contratti, di regola, non possono avere effetto fra coloro che vi rimasero estranei (e fin qui sono d'accordo coll'illustre autore). Se, invece, tal concordato non è conchiuso con tutti i creditori, bene per quelli che lo conchiudono è obbligatorio, ma per quelli che non vi assentono, o, in genere, non vi prendono parte, non può avere alcun effetto: e, quindi, gli assenti e i dissenzienti possono sempre, per quanto li riguarda, farvi opposizione, farlo dichiarar nullo, considerarlo come neanche conchiuso, precisamente come una « res inter alios acta », e volere che sia iniziata, nei loro riguardi però soltanto, la procedura di fallimento » (*Corso di dir. comm.*, IX, n. 8439, pag. 11). Ma io non so comprendere come l'illustre autore possa concepire un debitore fallito relativamente ad alcuni soltanto fra i suoi creditori. Il fallimento è uno stato indivisibile, che per conseguenza si riferisce a tutti i creditori alla stessa stregua e con le identiche conseguenze.

Esattamente invece, oltre al ROCCO (op. cit., n. 99), il RAMELLA: « Il concordato amichevole (stragiudiziale), se vuolsi abbia efficacia verso tutti i creditori, deve essere assentito ad unanimità; chè i contratti

61. Chiudo questa discussione su un argomento così delicato ed importante fissando, a titolo di riassunto, due principî, ai quali dovrò spesso ricorrere, come a veri canoni fondamentali, nel seguito della trattazione:

a) Perchè si abbia il concordato amichevole stragiudiziale *non* è affatto necessario il consenso di tutti i creditori;

b) È invece necessario che acconsentano *tanti* creditori quanti occorrono perchè il debitore possa, eventualmente, soddisfare per intero i dissenzienti.

In altre parole, non si ha concordato stragiudiziale, se non a patto di togliere di mezzo l'insolvenza del debitore e conseguentemente l'eventualità del fallimento. Ciò costituisce non solamente l'effetto primo e più importante, ma lo scopo dell'istituto, e, per conseguenza, entra come elemento costitutivo nella concezione e nella definizione del concordato in genere, del concordato amichevole stragiudiziale in ispecie (1).

62. Pone il Lanni come secondo requisito pel concordato stragiudiziale l'uguaglianza di trattamento fra i credi-

---

non hanno valore fra coloro che vi rimasero estranei. Ben quindi potra essere obbligatorio per quelli che intervennero e votarono favorevolmente; ma chi non vi concorse o fu dissidente potrà astrarne e perseguire il debitore per l'intero pagamento e farlo anche fallire. Sarà adunque diversa la condizione giuridica del debitore e dei creditori assenzienti verso i dissenzienti, i quali non devono imputar che a sè stessi il loro dissenso, nè hanno da poter impedire che gli assenzienti regolino a loro modo le proprie ragioni col debitore. S'intende quindi la necessità di procurarsi, in tali concordati, il massimo concorso di creditori » (*Trattato del fallimento*, vol. II, pag. 299).

(1) A torto dunque il Bonelli (*Comm.*, vol. II, pag. 656, nota 3), crede erronee quelle definizioni del concordato, le quali pongono come oggetto di questo la chiusura del fallimento. Vero è che il fallimento, una volta aperto, non può essere chiuso che dal Tribunale; ma a farlo chiudere o ad impedirlo, ove non sia ancora aperto provvedono i creditori appunto col concordato. Se pertanto quell'espressione « oggetto del concordato » la si prende alla lettera, nel significato di « contenuto del concordato », è certamente inesatta: ma se invece, come è certo, la si intenda in senso lato, come equivalente a quella di « scopo », ovvero anche di « effetto » del concordato, la riserva del Bonelli appare fuori luogo e superflua. Comunque, importava fissare, checchè ne pensi il Bonelli stesso, che senza lo scopo di chiudere un fallimento o di evitarlo non è possibile nessun concordato.

tori: concorda pienamente in quest'opinione il Bolaffio, sembra oscillante il Rocco, la propugna strenuamente il Salvia, la combatte il Guariglia. Io, per mio conto, non credo di poter dire la mia modesta opinione, senza aver dato prima ampio svolgimento ad una questione, ch'è la più grave, la più complessa, la più difficile di tutta questa delicata materia, e che, meglio che una questione collaterale, sembra un aspetto diverso del problema stesso che intendo risolvere. Voglio dire della questione dei vantaggi speciali.

63. Quel famoso inconveniente, deplorato in tutti i fallimenti, cui la legge ha cercato di provvedere e di evitare cogli articoli 866-867 Codice commercio, non manca quasi mai nei concordati amichevoli stragiudiziali. Se le sanzioni penali possono forse aver qualche volta l'effetto di trattenere i creditori, nel concordato obbligatorio, dal vendere il proprio voto o in generale dallo stipulare per sè particolari vantaggi, nel concordato stragiudiziale, il quale, avendo luogo all'infuori del fallimento, non può dar luogo a sanzioni penali, è rarissimo il caso che i creditori che vi consentono stiano tutti ai patti palesemente fissati nell'atto e non pretendano per sè, in qualunque modo o forma, dei vantaggi particolari. Orbene, che valore avranno di fronte alla legge codesti vantaggi? Sono nulli? Sono validi? Potranno gli altri creditori, ove ne vengano a conoscenza, fondare su ciò un'azione di nullità del concordato stesso?

La questione è variamente risolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le quali, affannandosi alla ricerca di un criterio per risolverla, non hanno mai trovato il concetto giusto, per quanto ne abbiano fissati parecchi. Il Bolaffio, il quale solo fra tutti aveva, sotto un certo aspetto, imbroccato un criterio buono, se lo lascia poi sfuggire, portandolo a conseguenze illogiche e giustamente riprovate, fra gli altri, dal Lanni e dal Ramella: « Non è proibito che in tali accordi stragiudiziali sia fatta ad alcuni creditori una posizione privilegiata di fronte agli altri, purchè ciò avvenga nel componimento amichevole (1), e quindi col consenso di tutti

(1) Vale a dire « non di nascosto ».

gli interessati. E se si concedessero di nascosto dei vantaggi a qualche creditore all'effetto di ottenerne il voto favorevole per la conclusione del componimento amichevole, la stipulazione cadrebbe sotto la comminatoria della legge?... (articoli 866-867). La questione è grave: il nuovo Codice non modifica sostanzialmente le disposizioni dei precedenti (articoli 710-711), le quali, a loro volta, erano la riproduzione di quelle contenute nel Codice francese (articoli 597-598): e perciò, richiamandosi alla dottrina ed alla giurisprudenza formatasi sotto il vigore di questi Codici, aderiamo alla conclusione: che le comminatorie accennate si estendono anche al caso, in cui si concedano dei vantaggi ad alcuni creditori per ottenerne l'adesione all'accordo privato, semprechè, s'intende, si tratti di un commerciante che sia in istato di cessazione dei pagamenti e quindi nella condizione di fatto del fallimento » (art. 683 Cod. comm.) (1).

64. La prima parte del ragionamento del Bolaffio è veramente esatta, la seconda no, perchè si riferisce ad un criterio già largamente applicato dalla giurisprudenza francese; principio che si basa sulla verità indiscutibile che il fallimento, come stato giuridico, viene dichiarato, non *creato* dal Tribunale, il quale, mediante la sentenza dichiarativa, non fa che riconoscere e dar vita e conseguenze legali ad uno stato di fatto già esistente di per sè; ma ne abusa, in quanto ne deduce che, ogni qual volta un commerciante, trovandosi in condizione di non poter più soddisfare i suoi creditori, addiviene ad un concordato stragiudiziale, debbano non solo proibirsi, ma *punirsi*, pel trionfo della buona fede, gli accordi speciali che eventualmente egli abbia concluso con qualcuno dei suoi creditori, sì e come li punisce la legge nel concordato di fallimento, giacchè anche nel caso in questione il fallimento c'è già (2).

(1) Bolaffio, *I componim. privati.* cit., nella *Temi Veneta*, 1886, pag. 133 e segg., n. 3.

(2) C. Paris, 22 août 1866, Dalloz, *Recueil.* 1866, I. 442; Cass. civ., 13 juin 1893 (*Journ. des fail.*, 1894, 49); Trib. della Senna, 9 mai 1898 (*Annales*. 1899, 106). In Italia: Biondi, op. cit., n. 72, pag. 88; Alfani, voc. *Bancarotta*, nel *Dig. it.*, volume V.

Ma in Francia la dottrina, in Italia la dottrina e la giurisprudenza quasi concordemente reagiscono contro questa dottrina (1). Io non starò qui a ripetere la brillante confutazione del Lanni, nè quella, come al solito, più ampia e più profonda del Rocco, i quali argomentano dalla natura stessa del concordato amichevole stragiudiziale, negando che in questo vi sia stato di fallimento (se pur v'è stato di insolvenza), l'inapplicabilità degli articoli 866 e 867 Codice commercio. Il primo di questi due articoli si riferisce al caso di deliberazioni prese nel fallimento e nella moratoria: il secondo contiene, pei casi previsti dal primo, disposizioni penali. L'uno e l'altro sono di diritto eccezionale e pertanto non possono applicarsi per analogia.

65. Secondo il mio modesto parere, la dottrina e la giurisprudenza prevalente in Italia hanno perfettamente ragione di condannare la tesi del Bolaffio, desunta dalla giurisprudenza francese. A me pare che basti un esame anche superficiale dell'articolo 866 Codice commercio, per essere costretti a riconoscere l'inapplicabilità di tale articolo al concordato amichevole stragiudiziale.

Dice l'articolo 866: « Il creditore che ha stipulato col « fallito o con altra persona vantaggi a proprio favore per « il voto nelle deliberazioni di fallimento o sulla domanda « di moratoria o che in modi diversi da quelli preveduti « nell'articolo 860 si procurò vantaggi a carico dell'attivo « del fallimento, è punito col carcere fino ad un anno e « con multa sino a lire duemila.

« Il carcere può estendersi a due anni se il creditore « è membro della delegazione di sorveglianza ».

Pare a me che la lettera e lo spirito di questo articolo si oppongano recisamente all'applicazione che vorrebbero farne il Bolaffio ed altri pochi sull'esempio della giurisprudenza francese:

---

(1) Lanni, op. cit., n. 14, pag. 392-393; Vidari, *Corso*, IX, n. 8435; Guariglia, op. cit., pag. 123 e segg. (Il Guariglia ammette però la validità degli accordi speciali, anche clandestini); Cuzzeri, *Comm.*, n. 833; Rocco, pag. 281-282.

La lettera — perchè qui si parla di « fallito » e non è legalmente fallito il negoziante prima della dichiarazione giudiziale - si parla di deliberazioni che hanno luogo nel fallimento o sulla domanda di moratoria, delle quali due espressioni l'una comprende in genere le deliberazioni del fallimento, l'altra l'unico caso, all'infuori del fallimento vero e proprio, in cui la legge ha creduto di imporre l'applicazione di quest'articolo; onde è lecito dedurne che, se avesse voluto farlo applicare anche nel caso di concordato stragiudiziale, lo avrebbe detto espressamente; — si parla di attivo di fallimento (1) e di delegazione di sorveglianza, cose tutte che non sono concepibili nè possibili, se non quando vi sia una dichiarazione effettiva di fallimento, non essendovi prima di quest'epoca nè un patrimonio devoluto alla « massa », nè una « massa » da rappresentare.

---

(1) A proposito della possibilità d'una diminuzione di « attivo » anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento, la Corte di Cassazione di Roma, con sentenza del 3 dicembre 1903 (*Foro It.*, 1904, parte II, col. 483), la ammette esplicitamente:

« Commette il reato dell'articolo 866 Codice commercio il creditore che, sapendo il debitore in istato di cessazione dei pagamenti, sebbene non ancora fallito, si procuri dei vantaggi a carico dell'attivo del fallimento, anche se l'atto relativo sia annullabile per l'articolo 709 Codice commercio ».

Ma contro questa sentenza e contro una nota esplicativa del Bolaffio, il Pagani, in un articolo: « I vantaggi a carico dell'attivo del fallimento », pubblicato nel *Dir. Comm.*, XXII, pag. 811 e segg., oppone questi importantissimi argomenti, conformi alla tesi contraria, accettata dalla dottrina prevalente e propugnata nel testo:

« Non si deve dimenticare che l'articolo 866 contempla i vantaggi dal creditore procuratisi a carico dell'attivo del fallimento, ed è sulla intera espressione: « attivo del fallimento » che dobbiamo fermarci per dedurre un argomento valido dalla lettera della legge.

« Ora non esiste un attivo di questo ente fallimento, se non quando è avvenuta la dichiarazione dell'articolo 695, e se non dopo che alla gestione del debitore siasi sostituita quella del curatore per effetto della stessa sentenza a termini dell'articolo 699 e nel modo portato dal n. 3 dell'articolo 691. Dice giustamente il Cuzzeri (*Comm.*, n. 1210): « L'attivo del fallimento si costituisce legalmente solo allorchè vi è la sentenza dichiarativa; prima d'allora l'attivo non è del fallimento, ma del debitore ».

.... « Il creditore, al momento in cui tale sentenza è pronunciata, sa di partecipare ad un consorzio di persone che hanno il medesimo interesse e la medesima finalità; e cioè conoscere con esattezza tutto l'attivo del debitore comune e valersene per estinguere col minor

Lo spirito — perchè il concetto della legge si è quello di proteggere l'interesse collettivo dei creditori costituiti in comunione e d'impedire che alcuno di essi con separate e speciali convenzioni col fallito, le quali costituiscono una infrazione alle norme stabilite per le operazioni del fallimento, venga ad usurpare alcunchè alla sostanza comune colle facili concessioni del fallito medesimo.

Finalmente la collocazione stessa dei due articoli in questione nel titolo VIII del libro III del Codice di commercio, titolo che porta il nome « Dei reati *in materia di fallimento* », è una prova di più in sostegno della tesi sostenuta fin qui. La quale porta a questa conclusione: *che se i vantaggi speciali stipulati tra il commerciante ed alcuno fra i suoi creditori nel concordato amichevole stragiudiziale devono considerarsi nulli, le cause di tale nullità dovranno cercarsi altrove che negli articoli 866 e 867 Codice commercio.*

66. Una dottrina perfettamente opposta a quella confutata fin qui, fu sostenuta dalla Corte d'appello di Milano, con sentenza del 21 luglio 1891 (1):

G., ridotto all'impotenza di pagare integralmente i suoi debiti, chiese ed ottenne dai suoi creditori un così detto concordato stragiudiziale, in forza del quale rilasciò loro tutto quanto il suo avere perchè lo dividessero in proporzione dell'ammontare dei crediti rispettivi.

« Il risultato di tale liquidazione stragiudiziale diede il 16 %.

---

danno possibile e con perfetta uguaglianza di trattamento la totalità del passivo accertata. In altre parole, il creditore sa di essere legalmente avvinto alla massa degli altri creditori in un programma, che l'equità prima e il diritto scritto poi vogliono comune nelle speranze, nei rischi, nei vantaggi e nelle perdite. Egli, procurandosi in questo stato giuridico un indebito beneficio a danno dei suoi compagni di sventura, attenta agli interessi legittimi del consorzio di cui fa parte e tradisce i suoi doveri di consorziato, portando il danno scientemente, là dove avrebbe dovuto portare la sua cooperazione per l'utile di tutti...... Così crediamo che l'articolo 866 abbia riferimento ai soli indebiti vantaggi che il creditore si è procurato *dopo* la dichiarazione di fallimento ».

(1) *Foro It.*, 1891, I, 1330.

« L'accordo era ormai concluso e non mancava che l'adesione del creditore M., il quale non voleva assolutamente rinunciare ad una parte qualsiasi del suo credito, e fu allora che si convenne fra lui ed il G. che esso M. in apparenza avrebbe aderito al concordato, ma che in sostanza il suo credito dovesse rimanere integro, ed il G. gli dovesse corrispondere la differenza fra la percentuale che avrebbe percepito ed il suo credito intero.

« Il Tribunale, pur riconoscendo inapplicabile al caso il disposto degli articoli 866-867 Codice commercio, che riguardano unicamente il concordato giudiziale, negò all'M. l'azione, ritenendo turpe la causale del suo credito, come quella che rappresentava il prezzo d'un mercimonio. Ritenne cioè che, avendo l'M. rinunciato al maggior suo credito, la somma in questione altro non fosse che il corrispettivo del suo voto dato alla conclusione del concordato stragiudiziale.

« Ma il tribunale, così giudicando, ha supposto che la rinuncia dell'M. fosse seria e reale, ciò che non è. L'M. solo in apparenza ha mostrato di accedere a quella convenzione, ma in realtà nei suoi rapporti col suo debitore tenne fermo il credito nella sua integrità. In sostanza egli ha voluto avere dal suo debitore l'integrale pagamento del suo credito.

« Può veramente dirsi che con ciò egli abbia commessa un'azione turpe?

« La Corte non lo crede. Non bisogna dimenticare che il G. non fu mai dichiarato fallito e che quindi *impropriamente fu chiamata concordato la convenzione da lui conclusa coi suoi creditori* (!).

« *La legge non riconosce altro concordato che quello giudiziale, che si conchiude in seguito al fallimento. È quello un contratto « sui generis » che il legislatore specialmente favorisce, e siccome egli ha creduto di imporre alla minoranza dei creditori la volontà delle due maggioranze, così si è trovato in dovere, per assicurare la libertà e sincerità del voto nelle maggioranze, non solo di circondare quel contratto di speciali guarentigie, quali sono l'intervento del curatore e l'omologazione del tribunale, ma anche di comminare pene severe per quei creditori, che si proponessero particolari vantaggi a danno della massa.*

« *Ma ben diverso è il caso del così detto concordato stragiudiziale: qui ciascuno dei creditori è pienamente libero di consentire o no alla riduzione del suo credito. La ferrea legge delle due maggioranze, alla quale la minoranza è costretta a piegarsi, qui non esiste. La volontà di ciascun creditore è sovrana, e questa volontà è determinata unicamente dal rispettivo interesse. Non può neppur dirsi che sia lesa l'uguaglianza di trattamento fra i creditori, perchè qui la liquidazione dell'attivo nell'interesse comune dei creditori fu un atto spontaneo dei creditori medesimi e non forzato, a differenza di quanto avviene nel caso di fallimento.*

« *Gli altri creditori erano liberi o no di aderire a quella convenzione, ma dacchè vi hanno consentito, non ponno lagnarsi se taluno di essi riceve un trattamento migliore. Bene è vero che i beni del debitore sono la guarentigia comune dei suoi creditori, e che questi vi hanno tutti un ugual diritto, quando fra essi non vi siano casi legittimi di prelazione* (art. 1949), *ma nulla impedisce al debitore un trattamento diverso* ».

In sostanza la Corte di Milano, nonchè applicare, come vorrebbe il Bolaffio, le disposizioni penali dell'art. 867, riconosce perfettamente validi i vantaggi speciali nel concordato stragiudiziale, anche quando rappresentino il corrispettivo d'una vendita di voto.

Analogamente la Corte di Cassazione di Torino, con sentenza 9 marzo 1893 (1), affermava: « È valida la convenzione per la quale uno dei creditori, accettando un concordato stragiudiziale, stipula per sè particolari vantaggi » (2).

67. In dottrina, si dichiarano favorevoli a quest'opinione il Guariglia ed il Ramella.

« Invero, scrive il Guariglia, se ogni creditore è completamente indipendente e libero da qualsiasi vincolo rispetto agli altri, non si capisce perchè non possa pretendere dal

---

(1) *Foro it.*, 1893, I, 176.
(2) *Contra:* Trib. Genova, 29 dicembre 1891: « È nulla la convenzione particolare, mediante la quale..... » (*Giur.*, 1892, 54).

suo debitore migliori patti, che, nell'interesse di quest'ultimo, è necessario tener segreti. La condotta di questo creditore potrà tacciarsi di egoismo, ma non di illegalità. L'uguaglianza del trattamento è legge del fallimento e condizione essenziale del concordato giudiziale; ma essa non può essere estesa alle convenzioni in parola, che intervengono quando il fallimento non esiste, e per cui, in assenza di precetto contrario, libera rimane la volontà delle parti di stipulare quanto meglio credono nel loro interesse » (1).

Ed il Ramella:

« Se per mezzo di segreto accordo un creditore fosse meglio favorito degli altri e all'insaputa loro, non sarebbe autorizzata nè l'impugnativa loro per nullità, nè la punizione con pena di tale avvantaggiato creditore. Ciascuno è infatti libero di distribuire come meglio crede i proprii beni fra i creditori....... Siffatto concordato non contiene poi necessariamente la tacita convenzione che nessun creditore possa essere preferito sui rimanenti » (2).

68. Una via intermedia fu tenuta dalla Corte di Cassazione di Torino, con sentenza del 21 dicembre 1903 (3). A proposito della questione (propria del concordato giudiziale, ma correlativa a quella che esamino), se cioè in un concordato giudiziale, non essendoci vera e propria vendita di voto, i vantaggi speciali debbano dirsi nulli a termini dell'art. 866 Cod. comm., la Corte stabiliva: « È valida la convenzione con cui il fallito concordatario promette ad un creditore il pagamento integrale, qualora con ciò non si proponga di indurre il creditore ad accettare il concordato, ma di compensarlo dei sacrifici che questi ha sopportato per rendere possibile al fallito l'adempimento del concordato. Non basta..... per l'applicazione di detto articolo che vi sia il concorso di due fatti, ossia il voto nel concordato e la stipulazione dello speciale vantaggio; ma richiedesi che vi sia tra detti due fatti tale relazione da far ritenere che l'uno sia causa dell'altro..... ».

(1) Guariglia, op. cit., pag. 123.
(2) Ramella, op. cit., vol. II, pag. 300-301.
(3) *Dir. Comm.*, XXII, pag. 579.

Così pure Cassaz. Torino, 6 giugno 1894 (1): « Il creditore, il quale accetta e induce col consiglio ed assicurazioni gli altri creditori ad accettare un concordato amichevole, si obbliga per ciò solo ad astenersi da quanto potesse riuscir di danno agli altri creditori ». Con che l'Ecc.ma Corte volle dire evidentemente che, ove non fossero intervenuti quei consigli ed assicurazioni, i vantaggi particolari sarebbero stati validissimi.

Sono ancora interessanti per quest'argomento le seguenti sentenze:

Cassaz. Torino, 12 novembre 1901 (*Giurispr. Tor.*, 1902, 7).
Cassaz. Roma, 1° febbraio 1902 (*Diritto comm.*, 1902, 767).
App. Genova, 17 febbraio 1899 (*Giurista*).
Cassaz. Napoli, 12 novembre 1898 (*Giur. It.*, 1899, 40).

69. Lo stato della questione è dunque incertissimo: la giurisprudenza, oscillando fra criteri ed affermazioni quasi sempre inesatte, tende ad ammettere, specialmente pei concordati amichevoli stragiudiziali, la validità delle convenzioni recanti particolari vantaggi: la dottrina, invece, per ragioni pur quasi sempre inesatte, tende a negarla. Dovendo dire in brevi parole la mia modesta opinione, credo logico ed opportuno incominciare a distinguere, secondo che i vantaggi in questione furono espressamente pattuiti nel concordato stragiudiziale, di guisa che potessero esser noti ai creditori concordatari, nell'atto stesso in cui vi addivennero, ovvero furono stipulati separatamente, o, in sostanza, di nascosto.

Nel primo caso pare anche a me che la convenzione recante particolari vantaggi sia valida. I creditori la conoscevano, dovevano dunque regolare su ciò la loro condotta, quando erano sul punto di accettare la proposta del concordato, della quale, in sostanza, quella convenzione speciale non era che una modalità. Accettando il concordato, hanno accettato anche questa. Ciò appare tanto naturale, quanto parrebbe strano che si potesse far annullare un contratto per una circostanza che, essendo perfettamente

(1) *Giur. Tor.*, 1894, 343.

nota, poteva e doveva esser valutata in tutte le sue conseguenze nel momento in cui il contratto stesso fu conchiuso. E d'altra parte n'è una prova il fatto che nel concordato giudiziale, pel quale pure c'è il famoso art. 866, le convenzioni portanti vantaggi palesi sono concordemente ammesse dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in base al ripetuto principio che la legge non può pretenderla a tutelare i creditori più di quanto vogliano esserne tutelati essi stessi.

70. Ben diversamente andrebbero le cose se questo vantaggio particolare fosse stipulato di nascosto degli altri creditori; in tal caso, posto mente al dissidio di tendenze accennato poc'anzi fra dottrina e giurisprudenza, io sto con quella e ritengo che agli altri creditori concordatari competerebbe in quest'ipotesi l'azione in nullità del concordato stragiudiziale, che pure avrebbero contribuito a costituire. Ma ciò non per l'art. 866 Cod. comm., che anch'io credo, col PAGANO e col ROCCO, inapplicabile fuori dei casi di fallimento e di moratoria; non perchè vi sia nel nostro caso una detrazione d'attivo, perchè di questa si potrebbe solo parlare in fallimento, e, comunque, non vi si comprenderebbe il caso in cui il vantaggio particolare fosse accordato da un terzo, anzichè direttamente dal debitore, sebbene per conto ed in vantaggio di questi; non perchè, come vorrebbe il BOLAFFIO colla giurisprudenza francese, possa ammettersi stato di fallimento avanti la dichiarazione giudiziale; bensì per un'altra ragione, la quale è in verità così semplice, che mi sorprende molto che nessuno scrittore o giudice vi abbia ancora pensato. Questa ragione si è che i creditori, a danno dei quali fu stipulato quel vantaggio particolare, sono incorsi in un errore. La loro volontà è viziata da ignoranza, e non *ignorantia juris,* cioè d'un principio giuridico, ma *facti,* cioè d'una circostanza di fatto: da quell'errore sostanziale cioè che, a norma dei principii generali in materia contrattuale, è sufficiente a far dichiarare nullo il contratto.

G., commerciante oberato, per riprendere il caso esaminato dalla citata sentenza della Corte d'appello di Milano,

21 luglio 1891 (1), ha ceduto la sua azienda ai suoi creditori, i quali, mediante una liquidazione stragiudiziale, hanno percepito il 16 %. Uno dei creditori, certo M., ha aderito in apparenza; ma in realtà ha preteso il 100 %, firmando solo a questa condizione il concordato stragiudiziale. Ora (a parte le altre considerazioni poste innanzi dalla Corte d'appello di Milano per dimostrare la perfetta validità di quest'accordo, considerazioni già di per sè discutibilissime) è certo che essa non si è resa conto come in tal modo gli altri creditori fossero venuti a conchiudere un contratto credendo di ricavar tutti il 16 %, mentre in realtà uno di loro aveva percepita l'intera somma dovutagli. Se avessero saputo questo, essi non avrebbero accettato il 16 %, come fa presumere chiaramente il fatto che quell'84 % in più al creditore M. fu assegnato a loro insaputa. Pertanto è evidente che quei creditori ignorarono una circostanza che avrebbero dovuto sapere, una circostanza che, se l'avessero conosciuta, sarebbe bastata a dirigere la loro volontà in un altro senso, e quindi possono benissimo, a mio avviso, impugnare la validità del contratto.

71. Ciò in ogni caso. A torto si crede di potere distinguere, secondo che la maggior somma ad un creditore sia stata pagata dal debitore o da un terzo. In questo ultimo caso parrebbe, a primo aspetto, affatto estranea al concordato stragiudiziale la stipulazione avvenuta fra il creditore ed il terzo. Ma come può dirsi estranea ad un contratto una circostanza, la quale, se pure non fu palese, tuttavia determinò l'esistenza del contratto stesso, di guisa che questo non sarebbesi potuto concludere senza di quella? Per due vie questa stipulazione, anche se conclusa tra il creditore ed il terzo, ha determinato l'esistenza del contratto: direttamente, perchè senza di essa quel creditore avvantaggiato non avrebbe aderito al contratto stesso; indirettamente, perchè solo mediante quest'adesione apparente al concordato stragiudiziale sì e quale veniva concluso cogli altri creditori, la volontà di costoro ha potuto essere determi-

(1) Cfr. *retro*. n. 66.

nata dall'errore, e quindi ha potuto dar vita al concordato stragiudiziale in esame. In sostanza una somma è stata data, sia pure da un terzo, sia pure per evitare il fallimento, ma è stata data per pagare integralmente un creditore, il quale, invece, figura di essere stato pagato come gli altri, cioè solo in ragione del 16 %. Pertanto gli altri creditori, evidentemente, non ebbero quella libertà nel contrattare, che erroneamente hanno creduto di avere. Non ebbero la scelta di pretendere essi pure la percentuale concessa al creditore M., che credevano impossibile a conseguirsi da alcuno, ovvero di far fallire il debitore comune. Altra cosa, insomma, hanno voluto concludere, altra cosa hanno in realtà concluso. Hanno voluto concludere un concordato al 16 % per *tutti*, hanno concluso un concordato al 100 % per uno solo. I termini dell'errore, come causa d'annullamento del contratto, non potrebbero essere più chiari e precisi (1).

72. Io credo che con questo criterio, in verità molto semplice, si possano risolvere tutte le questioni, e sono infinite (perchè infinite le modalità per cui un commerciante può regolare i suoi rapporti coi suoi creditori) che riguardano i vantaggi speciali accordati ad un creditore nel concordato amichevole stragiudiziale. Se questi vantaggi furono accordati di nascosto, e di modo che la volontà degli altri creditori aderenti sia viziata di errore, si potrà domandare sempre l'annullamento del concordato concluso in tali circostanze. Non sfuggirebbe a questo pericolo chi avesse, in caso di concordato stragiudiziale, concesso dei vantaggi speciali ad uno dei creditori mediante cambiali da scontarsi dopo la ripresa del commercio. È bensì vero che il debitore, in questo modo, non paga con denari attuali, ma con

(1) Quando la maggior somma è pagata direttamente dal debitore, parrebbe rafforzare queste conclusioni la detrazione d'attivo che sembra annidarsi in quella stipulazione particolare. Non è vero. Detrazione di attivo non vi può essere che nel fallimento, e non si possono mai estendere le conseguenze del fallimento al concordato stragiudiziale, che è fatto apposta per evitare quelle conseguenze. Ma il concordato è ugualmente annullabile per la solita ragione.

denaro posteriore al concordato, quando i primitivi crediti — dopo l'esecuzione di questo — non esistono più. Ma gli altri creditori possono sempre opporre che anch'essi avrebbero preteso la maggior somma, sia pure mediante cambiali, anzichè accontentarsi di quella minore percentuale loro accordata, se avessero conosciuta quella circostanza.

Ritornando al caso del creditore M., nella sentenza della Corte di appello di Milano, un'altra ragione per ammettere la validità di quell'accordo speciale potrebbe parere questa: che, in fondo, egli non ha avuto di più di quanto gli sarebbe spettato se non avesse preso parte al concordato. La questione se per il concordato stragiudiziale occorra o meno la unanimità dei consensi dei creditori è stata, infatti, risolta nel senso che tale unanimità non è necessaria, ma che concordato stragiudiziale non si ha, se il numero dei consenzienti non fu tale da permettere di soddisfare integralmente i dissenzienti. Per conseguenza M., avendo rifiutato di partecipare al concordato sulla base comune del 16 %, avrebbe avuto ugualmente il diritto di essere pagato per intero.

Ma a questa obiezione si può rispondere: che i creditori consenzienti, se M. avesse rifiutato senz'altro, avrebbero *saputo* che egli doveva essere pagato integralmente, mentre, avendo egli finto di accettare, ma in verità preteso il pagamento integrale, essi hanno creduto che egli pure ottenesse il 16 %, e su questa base (a loro volta) hanno aderito al concordato. Non bisogna dimenticare il principio già più volte affermato che il concordato, giudiziale o stragiudiziale, non è soltanto una convenzione dei creditori col debitore comune, ma anche una convenzione dei creditori fra loro. Pertanto quell'obiezione sarebbe esatta, se quel patto fosse stato palese. Ma il patto fu nascosto e servì ad ingannare gli altri creditori: mentre è nella natura del concordato, di qualunque forma, una specie di solidarietà nelle perdite, una certa comunanza del sacrificio fra i creditori, qui abbiamo un concordato che fu potuto concludere solo a patto che un creditore rovinasse gli altri, solo perchè costoro non conobbero il loro danno, la loro rovina.

73. Le conclusioni a cui sono giunto sembrano urtare con la pratica costante dei fatti. In realtà nel numero sempre crescente dei concordati stragiudiziali, mediante i quali si sogliono comporre le insolvenze dei commercianti, è rarissimo il caso d'un concordato concluso in condizioni identiche per tutti i creditori. Si trova sempre un creditore più influente, più vicino, più furbo, che riesce a carpire per sè più che gli altri non ottengano. Ora, se questo inconveniente è così grave che da solo basterebbe a rendere nullo il concordato stragiudiziale, come mai quest'istituto è sempre più frequente? Come mai si è potuto difendere così strenuamente questa forma speciale di componimento di interessi fra il debitore commerciante ed i suoi creditori?

74. È qui proprio il caso di osservare che la logica giuridica e la pratica dei fatti arrivano spesso a conclusioni diverse, se non opposte. È tutt'altro che facile, prima di tutto, che i creditori si accorgano che dalla conclusione o dall'esecuzione del concordato un creditore abbia conseguito nascosti vantaggi, perchè tali accordi vengono conclusi ed eseguiti con molta cautela, e manca qui, d'altra parte, non essendoci il fallimento, una verificazione dei crediti, un accertamento del passivo, il quale, se non sicuro, renderebbe almeno più agevole lo scoprire questi vantaggi speciali. Ma, quando anche i creditori se ne accorgano, ben di rado essi si valgono del diritto che, a mio avviso, compete loro, di chiedere la nullità del concordato. Perchè?

In primo luogo *sapere* è ben altro che *provare;* e qui i creditori opponenti avrebbero l'onere della prova relativamente alle circostanze che allegano. In secondo luogo, quando anche avessero facilità di prova, è ben difficile che convenga loro di chiedere quella nullità. La questione è per sè incerta e spinosa. Non è certo che il magistrato accolga queste conclusioni, dacchè, come ho notato, prevale piuttosto nella nostra giurisprudenza la tendenza a ritenere validi gli accordi speciali. D'altronde, anche nella migliore delle ipotesi, anche ove il magistrato dichiari nullo il concordato, qual vantaggio ne verrà ai creditori? Essi potranno o concludere un nuovo concordato stragiudiziale (il che è

molto difficile, dato lo stato in cui vengono a trovarsi gli uni di fronte agli altri, e forse impossibile, perchè, secondo me, e come meglio proverò in seguito, il magistrato che dichiari la nullità del concordato stragiudiziale dovrebbe « ex officio » e nella medesima sentenza dichiarare anche il fallimento) (1), ovvero, ciò che è molto più probabile, far dichiarare il fallimento. Ma far dichiarare il fallimento significa andare incontro a nuove spese, a nuovi inconvenienti, assottigliare ancora per l'avvenire la somma già percepita: al presente restituirla in forza della stessa dichiarata nullità del concordato stragiudiziale. In questi casi ogni giorno che passa porta via un tanto per cento. E, a buon conto, quella certa somma illecitamente intascata da un creditore è ben difficile a ricuperarsi, perchè la legge è una cosa, e la pratica dei giudizi è tutt'altra cosa. Tutte queste difficoltà, poi, nel migliore dei casi, nel caso cioè che i creditori, accortisi del vantaggio speciale, si accordino tutti nel chiedere la nullità; ma questo caso non si verifica mai, ed allora la cosa si complica; nuove lungaggini, nuovi ostacoli.

D'altra parte, poichè bisogna anche tenere conto di certi fattori psicologici, non si deve dimenticare che i creditori si mostrano molto più severi, molto più zelanti nel tutelare i loro interessi nei primi giorni, in cui si manifesta l'insolvenza del debitore comune, che non dopo. Anche nel fallimento, ogni giorno che passa diminuisce l'ardore e l'attaccamento dei creditori, nell'animo dei quali al primo dispetto che generalmente li rende più intolleranti, sottentra presto il salutare criterio di salvare quel che si può e come si può. Questo buon senso fa sì che — se bene ai creditori, ove si accorgano di questi accordi, spetti il diritto di impugnare il concordato stragiudiziale, come ho lungamente dimostrato fin qui — in realtà essi non si muovano e preferiscano chiudere un occhio ed accontentarsi di quel poco che hanno potuto salvare.

Ma tutto ciò non toglie valore agli argomenti puramente giuridici; dai quali scaturisce piana e chiara la nullità d'un

(1) Cfr. Cap. IX, n. 160 e segg.

contratto conchiuso in condizioni anormali, quali sono quelle che ho esaminato fin qui. E per conseguenza il magistrato, chiamato a risolvere questa questione, non dovrebbe, a mio avviso, convalidare quella specie di accordi illegali.

75. Tutto ciò permette di stabilire qual preciso valore debba darsi a quel secondo elemento che il Lanni ed il Bolaffio pongono come requisito essenziale del concordato amichevole stragiudiziale: l'uguaglianza assoluta di trattamento fra i creditori. Il concetto è qui esatto, ma la forma, l'espressione è scorretta. Dire che l'uguaglianza di trattamento è requisito essenziale del concordato stragiudiziale è costringere i creditori — anche loro malgrado — ad accettare tutti l'identica percentuale. Costrizione assurda. Requisito essenziale è invece quello che *i creditori sappiano e liberamente consentano le condizioni effettive, in cui il concordato è conchiuso*; nel senso che nessun vantaggio speciale possa accordarsi ad un creditore ad insaputa degli altri; ma che, ove ai creditori convenisse che qualcuno fra loro ottenesse un vantaggio speciale, sieno liberissimi di stabilirlo.

CAPITOLO V.

Le persone.

SOMMARIO. — 76. Mancanza di disposizioni regolanti particolarmente il c. a. s. Applicazione dei principî generali. — 77. La persona del debitore concordatario. — Il debitore può sempre proporre o concludere un c. a. s. per mezzo di rappresentanti. — 78. L' institore non ha bisogno di mandato speciale. — 79. L' erede d' un' azienda oberata può concordare. — 80. *Quid* dell' erede beneficiato e del curatore d' eredità giacente? — 81. Opinioni contradditorie del RAMELLA e del BONELLI relativamente al c. di fallimento. — 82. Il curatore d' eredità giacente e l' erede beneficiato, non potendo fare atti di disposizione, non possono concordare. — 83. Opinione opposta del DEMOLOMBE. Esame degli art. 899 ed 881 del cod. di proc. civ. — Confutazione. — 84. Divergenze nell'applicazione pratica quanto all' erede beneficiato e quanto al curatore d' eredità giacente. — 85. Capacità del minore commerciante, del genitore e tutore autorizzati alla continuazione del commercio per conto del minore, e della donna maritata di concludere un c. a. s. come debitori. — 86. I creditori nel c. a. s. — Capacità del mandatario e dell' institore. — 87. Capacità del curatore d' eredità giacente e dell' erede beneficiato. — 88. Capacità del minore e della donna maritata di consentire come creditori ad un concordato amichevole stragiudiziale.

76. Incomincio da questo punto, poste ormai quelle che mi sembrano le basi fondamentali della trattazione, l'esame più minuto del concordato amichevole stragiudiziale come contratto. Pertanto, poichè è sempre bene procedere con ordine, comincierò collo studiare più davvicino le persone che conchiudono il concordato stesso; proseguirò coll'esaminare la conclusione del contratto, nei due stadî della proposta e dell'accettazione, e nel contenuto e modalità dell'una e dell'altra, per conchiudere collo studio degli effetti che il contratto stesso produce, e finalmente dell'annullamento e risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale.

In tutto questo studio, poichè, come ho avuto occasione di ripetere le mille volte, manca una regolamentazione legislativa dell'istituto, io non potrò che applicare i principî generali della materia contrattuale alle singole que-

stioni (1). È una linea questa molto esattamente tracciata, fra gli altri, dai signori Lyon Caen et Renault (2). Tuttavia a me pare che costoro, quando scrissero: « le concordat amiable n'a pas même été prévu par le Code de commerce: il n'y a qu'à lui appliquer les principes généraux du droit », abbian detto una cosa esattissima, ma, bisogna convenirne, un po' troppo sbrigativa. In verità, delineata in genere la figura del concordato stragiudiziale, a volerne precisare i contorni l'impresa è molto ardua e complessa.

77. Incomincio dalle persone, e in primo luogo intendo occuparmi del debitore.

Il debitore può contrarre il concordato stragiudiziale o direttamente o indirettamente per mezzo di mandatarî o rappresentanti. La disposizione dell'art. 832, al. 1°, Cod. di comm., che impone al fallito di intervenire di persona nell'adunanza per il concordato, non vige pel debitore commerciante che proponga e tratti un concordato stragiudiziale: in primo luogo, perchè si tratta qui d'una disposizione restrittiva del principio comune che ciascuno può sempre contrattare per mezzo di rappresentanti, e quindi non applicabile per analogia al debitore commerciante il quale, nel caso in questione, non è per nulla *fallito;* in secondo luogo perchè, pel concordato stragiudiziale, l'adunanza dei creditori non è per niente necessaria. Il loro consenso può essere ottenuto da ciascuno separatamente. Non c'è bisogno di raccoglierli tutti insieme; anche separatamente si può tenerli informati delle reciproche adesioni; onde potrebbe accadere che quella restrizione fosse inattuabile praticamente, quand'anche la si volesse ammettere in teoria.

---

(1) Se sia proprio un gran bene che questo contratto sia lasciato completamente alla libertà delle parti contraenti, senza che il legislatore abbia ad occuparsene mai, è questione di opportunità, che qui non può essere svolta. A trattazione finita, quando le singole questioni cui può dar luogo l'applicazione dei principî generali al nostro istituto, in armonia col carattere e collo scopo dell'istituto stesso, saranno state svolte, questo punto di capitale importanza troverà allora il suo opportuno riferimento.

(2) Lyon Caen et Renault, *Manuel de droit commercial,* Paris, 1904, VII ed., cit., pag. 812.

78. È evidente che l'institore potrà sempre concludere o proporre il concordato stragiudiziale per conto del preponente. Tutt'al più si potrebbe dubitare se basti in genere il mandato di istituzione o se invece sia necessario un mandato speciale. Se il mandato d'istituzione fu espresso (art. 369 Cod. comm.) e la facoltà all'institore di concordare non vi fu compresa in alcun modo, la risposta a quel dubbio non può essere che negativa. Se invece il mandato fu tacito, può forse indurre a richiedere la necessità d'un mandato speciale pel concordato stragiudiziale la considerazione che la facoltà dell'institore di agire pel preponente non va mai oltre gli atti appartenenti e necessarî all'esercizio del commercio cui è preposto. Ora il concordato stragiudiziale parrebbe non compreso in questa formola, giacchè quando vi si addiviene, l'esercizio del commercio, se non di diritto (che per ciò dovrebbe esserci il fallimento vero e proprio) almeno di fatto è sospeso dall'insolvenza. Ma invero questo ragionamento mi sembra troppo sottile; quell'interruzione mi pare abbastanza discutibile; comunque in quella formola « atti appartenenti e necessarî all'esercizio del commercio » il concordato stragiudiziale a me sembra compreso. Esso è certo, come ho dimostrato a suo tempo (1), un atto di commercio, in quanto è posto in essere da un commerciante, nè può considerarsi come avente natura essenzialmente civile (art. 4 Cod. comm.); e che « appartenga al commercio » cui fu preposto l'institore, lo prova il fatto che altro esso non è, se non la composizione degli obblighi contratti dal commerciante appunto nell'esercizio di quel commercio.

Il commerciante può dunque concludere un concordato stragiudiziale per mezzo dell'institore, senza bisogno, in quest'ipotesi, di rilasciargli un mandato speciale (2).

---

(1) Confronta nn. 17 e 32.

(2) Questo concetto dev'essere inteso *cum granu salis:* cioè non nella sua portata assoluta, ma compatibilmente con le disposizioni speciali della legge civile e commerciale. Così è norma di diritto, almeno secondo la miglior dottrina, che la disposizione dell'art. 251, n. 7, cod. comm., che pone fra i requisiti essenziali la firma dell'emittente o d'un suo *mandatario speciale*, debba interpretarsi nel senso che questo mandato speciale sia mandato ad emettere cambiali. Ora,

79. Quando si dice che il « debitore commerciante » è una delle parti contraenti nel concordato amichevole stragiudiziale, bisogna intendere queste parole « debitore commerciante » con quella stessa larghezza, con la quale i più autorevoli scrittori consigliano d'interpretare talvolta la parola « fallito » nel molteplice uso che ne ha fatto il legislatore. Pertanto, poichè l'insolvenza, l'incertezza economica d'un'azienda oberata si trasmette necessariamente all'erede, così è chiaro che anche l'erede può validamente conchiudere un concordato stragiudiziale. A lui incombono i debiti dell'azienda stessa: può disporre liberamente delle attività: è logico dunque che possa accomodare in parte quelli con queste mediante il concordato amichevole stragiudiziale. E ciò in ogni caso: sia che il *de cujus* ne avesse già avanzata la proposta o comunque incominciate le trattative, sia che l'iniziativa sia assunta direttamente dall'erede.

80. Ma l'erede d'un'eredità oberata si presenta molto spesso come erede con beneficio d'inventario. Come tale potrà egli concludere un concordato stragiudiziale coi creditori ereditarî? Così pure, il curatore d'un'eredità giacente, il quale, quanto ai suoi poteri e in parte anche quanto alla sua posizione giuridica va assimilato all' erede con beneficio d'inventario, può concludere un concordato stragiudiziale?

Le due questioni sono parallele e conviene quindi trattarle insieme: ma non sono identiche, e quindi la loro soluzione sarà, in parte, disuguale.

81. Per quanto riguarda il concordato di fallimento, la stessa questione fu studiata, ma di volo, da due autori, e solo per quanto riguarda il curatore d'un'eredità giacente. L'uno, il Ramella (1): « Il curatore d'un'eredità giacente,

---

poichè non è inconcepibile che un institore (tanto meno poi un mandatario puro e semplice) *non* sia munito di questo mandato ad emettere cambiali, così, se conchiudendo un concordato stragiudiziale a nome del preponente, l'institore dovesse stipulare l'emissione o il rilascio di cambiali, in questo caso nascerebbe un'incapacità da parte sua.

(1) Ramella, *Trattato del fallim.*, cit., II, pag. 217.

scrive, può concludere un concordato nella procedura aperta dopo la morte del fallito. I poteri suoi non sono ristretti agli atti conservativi e d'assicurazione dei beni dell'eredità, dovendo eziandio soddisfare i creditori della successione col mezzo di questa... » L'altro, il BONELLI (1): « Un concordato presuppone un patrimonio suscettibile di risorse. Ma un'eredità giacente non deve normalmente che conservarsi per l'erede e liquidarsi. Il suo curatore non può svolgere un'attività commerciale. E se l'eredità è oberata (come deve essere, per trovarsi in fallimento) la liquidazione è la sua sorte inesorabile. Che, se anche si avesse la possibilità di continuare utilmente l'azienda, meglio provvederebbero i creditori col fallimento stesso, anzichè chiudendolo ». Queste osservazioni del BONELLI non mi tornano molto chiare: ma, allargando la questione al concordato stragiudiziale ed al caso dell'erede beneficiato, mi pare che la soluzione accennata dal BONELLI sia più logica ed esatta.

82. Entrando nel vivo della questione ed esaminando attentamente la posizione giuridica dell'erede beneficiato e del curatore dell'eredità giacente, risulta chiaro come l'uno e l'altro non possano, per rispetto ai beni di cui si compone l'eredità, fare altro che gli atti di semplice amministrazione (art. 969, 983 Cod. civ.). Ora, quando vi è, nel Cod. civile, distinzione fra atti eccedenti o no la semplice amministrazione, in altre parole fra atti di disposizione ed atti di amministrazione, si deve intendere, secondo la dottrina più illuminata (2), che sieno atti di amministrazione quelli che attengono semplicemente alla conservazione ed al miglior godimento della cosa o del patrimonio, atti di disposizione, invece, quelli che in qualunque modo vengono a mutare

---

(1) BONELLI, *Comm. al Cod.*, cit., vol. II, pag. 664.

(2) CHIRONI, *Lez. di Dir. civ.*, anno 1905-1906, per l'avv. VINCENZO CUZZI, « Per determinare il concetto di atto di disposizione non bisogna soffermarsi troppo sulla destinazione economica, ma prender piuttosto in esame la destinazione giuridica; quando si viola questa destinazione, ogni suo mutamento induce un'alterazione dello stato giuridico del soggetto di fronte alla cosa stessa e quindi è atto di vera disposizione. » — Cfr. FADDA e BENSA, *Note alle Pandette* del WINDSCHEID, pag. 889, libro I; BOGGIO, *Capacità*. I, 358 e segg.; BIANCHI, *Corso*. vol. IV, 218.

o a modificare la sostanzialità giuridica della cosa o del patrimonio stesso.

D'accordo col Bonelli che, specie quando oggetto dell'eredità sia un'azienda commerciale, questa distinzione vada intesa con una certa larghezza: d'accordo con lui e col Demolombe, il quale ha in ispecial modo sviluppato questo concetto (1) che, per conseguenza, il pagamento dei debiti ereditarii possa e debba comprendersi fra gli atti di amministrazione, e quindi possa e debba esser fatto dal curatore dell'eredità giacente o dall'erede beneficiato. Ma il pagamento di questi debiti ereditarii nella forma particolare del concordato stragiudiziale diventa, a norma di quella distinzione, un atto di disposizione e non di amministrazione. Non si deve credere che sieno atti di disposizione soltanto quelli che mettono in pericolo la cosa o la compromettono. Questo concetto sarebbe semplicemente puerile. Ora il concordato, in quanto consente al debitore (in questo caso al curatore o all'erede) di comporre amichevolmente ed *utilmente* gl'interessi pendenti coi creditori, è un atto di disposizione vero e proprio; e la prova di ciò sta appunto nell'utilità che all'eredità ne consegue. Non cambia essa forse nella sua consistenza giuridica? Se io pago i debiti inerenti al mio patrimonio, in quella misura in cui essi lo gravano, è chiaro che io non faccio che un atto di amministrazione, in quanto mi limito a tradurre in atto uno stato di cose, che già c'era in potenza, ed era rappresentato appunto da tutti quei debiti, che sono venuto pagando. Ma se invece li pago in quella misura di favore, di guisa che al complesso delle passività che lo gravavano io venga a sostituire una cifra molto minore, è evidente che io non faccio più un atto di semplice amministrazione, ma un atto di disposizione, in quanto da questo mio atto la sostanzialità giuridica del mio patrimonio rimane profondamente mutata. Altra cosa è dunque pagare semplicemente i proprii debiti, altra cosa conchiudere un concordato stragiudiziale; nel primo caso si amministra, nel secondo si dispone. Ed atti di disposizione il curatore d'eredità gia-

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome III, pag. 293 e segg.

cente e l'erede beneficiato non ne possono fare, all'infuori della vendita dei mobili e di quella degli immobili, *ove occorra,* autorizzata dal Tribunale (Art. 875, 876, 898 Codice di proc. civ.) (1).

83. Il DEMOLOMBE, in considerazione di quella maggior larghezza, secondo la quale egli vuole che si interpreti la frase « atti di amministrazione » nel caso in questione, crede che il curatore e l'erede beneficiato possano compiere anche atti di disposizione, purchè debitamente autorizzati dall'autorità giudiziaria (2). E la giurisprudenza francese concorda molto spesso con l'illustre autore.

Questa teorica, per quanto autorevolissima pel nome solo dell'autore che la professa, non mi convince. Se fosse esatta, si verrebbe ad ammettere che l'autorità giudiziaria

---

(1) « Tutto ciò » scrive il BORSARI « che attiene alla conservazione e cultura dei beni, al raccolto e vendita delle derrate, alle affittanze, all'impiego delle somme e alla costituzione dei capitali, ai lavori e ricostruzioni delle fabbriche, più ampiamente di quanto è permesso all'usufruttuario; riscontrare i pagamenti dei debiti ereditarii ed eseguirli; accordare dilazioni anche ai debitori cambiarî, purchè non sia che questione di tempo, senza disporre in alcun modo dei capitali del credito; tutto ciò è di larga amministrazione, ma non passa in disposizione. Il pericolo sta nella disposizione... » (*Comm. al Cod. civ.*, vol. III, parte I, n. 2084, pag. 1092) « ...Ma i creditori dell'eredità giacente che non riconoscono il loro debitore personale ed hanno pegni limitati ai beni della successione si trovano spesso in condizioni anche peggiori dei creditori d'un'eredità beneficiata. Per lo più le passività traboccano, e pagati, se possibile, i debiti ipotecarî, non restano che gli avanzi, che dovrebbero andar divisi ai termini della più rigorosa giustizia (n. 2106, pag. 1144) ». — Cfr. inoltre: PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, VI, n. 308; AUBRY et RAU, *Cours de Code Civil*, V, § 642; RAMELLA, op. cit., pag. 217, vol. II.

(2) Ecco la teorica del DEMOLOMBE: « L'administration, dont l'art. 803 charge l'héritier bénéficiaire, doit s'entendre dans un sens large et élévé, par le double motif: d'abord, qu'il s'agit d'un héritier, c'est-à-dire d'un propriétaire administrant sa propre chose; et en second lieu, parce qu'il s'agit du gouvernement d'un ensemble de bien d'un patrimoine. Le pouvoir qui est conféré par l'article 803 à l'héritier bénéficiaire doit donc avoir le même caractère et la même étendue que le mandat, qui est conféré par l'article 450 au tuteur: et le mot *administrer*, dont se servent les deux articles, doit être entendu, dans les deux hypothèses, de la même manière.

« Cela posé, nous dirons: Tous les actes, que le tuteur d'un mineur peut faire seul, sans conditions ni formalités, l'héritier bénéficiaire

possa conferire all'erede beneficiato o al curatore dell'eredità giacente una facoltà che la legge nega loro. Tale autorizzazione del Tribunale sarebbe non solo *ex lege*, ma addirittura *contra legem*.

In Italia, il Codice di procedura civile ha accontentato in parte il DEMOLOMBE con gli art. 899 ed 881.

Dice l'art. 899: « Compiuto l'inventario, e decorsi giorni « trenta dalla pubblicazione prescritta nell'art. 896, il cura- « tore può transigere. A questa transazione è applicabile il « disposto dell'art. 881 ». E, a sua volta, l'art. 881: « Com- « piuto l'inventario e decorsi giorni trenta dalla trascrizione « ed inserzione prescritta dall'art. 955 del Codice civile, « l'erede può fare transazioni. Queste non hanno effetto « senza l'approvazione del pretore, se l'oggetto della tran- « sazione non eccede il valore di lire mille e cinquecento, « o del Tribunale civile, sentito il ministero pubblico, se « eccede il detto valore.

« L'autorità giudiziaria, prima di approvare la transa- « zione, può richiedere il parere d'uno o più giureconsulti, « e ordinare le altre cautele che creda convenienti ».

Ora, se al concordato stragiudiziale, concluso dall'erede beneficiato o dal curatore d'un'eredità giacente potessero applicarsi queste disposizioni, il concordato stesso acquisterebbe, in questi casi, la maggior garanzia d'una vera e propria omologazione giudiziaria, la quale compenserebbe ad usura quel maggior pericolo che il BONELLI ed il BORSARI vedono in questo concordato pei creditori e per la stessa eredità oberata. Ma quest'applicazione a me sembra impossibile. In verità queste disposizioni riguardano le transazioni, e il concordato, come ho lungamente dimostrato a suo tempo, può in certi casi contenere una o più transazioni, ma non è mai, *per sè*, una vera e propria transazione (1). Occorre-

---

pourra les faire seul, sans formalités ni conditions. Et quant aux actes pour lesquels le tuteur doit observer certaines conditions ou formalités, il faudra que l'héritier bénéficiaire demande l'autorisation de la justice, qui pourra soit accorder soit refuser cette autorisation, et qui, si elle l'accorde, pourra aussi, suivant les cas, soumettre l'acte à celles des conditions et des formalités que lui paraîtrait utile d'observer » DEMOLOMBE, *Cours*, loc. cit.).

(1) Cfr. cap. III, n. 46.

rebbe pertanto estendere le disposizioni in questione per analogia, mentre, in quanto esse sono di diritto eccezionale, non sono suscettibili affatto di tale interpretazione estensiva.

84. La conclusione a cui son giunto non è ugualmente rigida ed assoluta pei due casi che ho esaminato fin qui. La posizione giuridica dell'erede beneficiato e del curatore di un'eredità giacente presenta bensì, come ho già osservato, molti punti di affinità, attalchè la legge ha creduto di assimilare per molti rispetti l'uno all'altro, ma non è per ciò identica.. Una differenza molto importante sta in ciò, che l'erede beneficiato, per quanto per questa sua condizione sieno imposte alla sua azione notevoli restrizioni, tuttavia non cessa per questo di essere erede, cioè proprietario dell'eredità (1): quelle restrizioni sono in correlazione col beneficio dell'inventario; ond'è che egli, rinunciando a questo beneficio, si libera da queste restrizioni, per modo che l'agire indipendentemente da queste è da parte sua come una tacita rinuncia a quel beneficio (2). Conseguenza: l'erede con beneficio d'inventario non può, è vero, far atti di disposizione, e quindi nemmeno un concordato stragiudiziale, ma solo in quanto è e voglia rimanere erede con beneficio d'inventario. La proibizione non è assoluta, ma relativa, non riguarda l'erede come tale, ma si riferisce al beneficio. Invece il curatore d'eredità giacente non può, compiendo atti di disposizione, diventare erede, cioè proprietario. Egli rappresenta l'erede ignoto, ma non può mai diventare l'erede stesso. La proibizione quindi per lui di fare atti di disposizione e, nella specie, di addivenire ad un concordato stragiudiziale, è assoluta.

Dal fatto che l'erede con beneficio d'inventario è o può diventare il proprietario dell'eredità, mentre non lo può il curatore dell'eredità giacente, deriva anche, relativamente alla possibilità di concordare pei debiti dell'eredità oberata, un'altra importante differenza pratica: ed è che l'erede beneficiato, ove, per qualunque ragione, stimasse opportuno o conveniente di concordare ad una percentuale maggiore che

---

(1) Cfr. Demolombe, cit. al n. 83, pag. 108, nota 2.
(2) Chironi, *Istituz.*, vol. II, § 445 *b*) e *c*), e dottrina ivi citata.

non comporti il valore dell'eredità oberata, obbligherebbe sè stesso, in quanto è erede. Il curatore dell'eredità giacente, ove, pur avendone la capacità, avvertisse quella stessa convenienza, non potrebbe mai concordare ad una percentuale maggiore di quel che comporti l'eredità, perchè altrimenti l'erede, quando si facesse noto, essendo obbligato illimitatamente per i debiti ereditarii, dovrebbe rispondere della differenza, cioè essere obbligato pel fatto altrui. Questo inconveniente è così notevole che, ad ovviarlo, chi, come il Ramella, ammette che il curatore dell'eredità giacente possa addivenire ad un concordato, sente subito di dover restringere questa facoltà, imponendo al curatore stesso di non eccedere il limite del valore dell'eredità stessa. Ma di ciò non si può avere altra garanzia che mediante un esame del Tribunale, che dovrà confrontare appunto la percentuale concessa ai creditori col valore dell'eredità. Ora quest'esame dal Tribunale non può farsi, senza un'espressa disposizione di legge, che gliene dia facoltà; senza di che si verrebbe ancora ad estendere per analogia al concordato, giudiziale o stragiudiziale, la doppia disposizione degli art. 881 e 899 Cod. proc. civ., la quale si riferisce, come ho dimostrato, unicamente alle transazioni (1).

85. Per completare lo studio del debitore come contraente nel concordato amichevole stragiudiziale, è necessario esaminarne brevemente la capacità in rapporto al contratto stesso. Si può fissare in genere che le regole comuni della capacità per le obbligazioni commerciali vigono anche a questo proposito: onde, a volerne riassumere brevemente l'applicazione, si può dire: ammesso come principio (cfr. n. 82) che il concordato stragiudiziale è un atto di disposizione e non di semplice amministrazione, se ne deduce:

a) Il minore emancipato ed autorizzato all'esercizio del commercio può sempre validamente conchiudere un concordato stragiudiziale, senza bisogno di alcuna autorizzazione, sia perchè si tratta d'un atto appartenente all'eser-

(1) Ramella, op. cit., pag. 217 (vol. II).

cizio del commercio cui fu autorizzato (1), sia perchè sarebbe ingiusto che, nell'atto in cui egli cerca di comporre nel miglior modo i suoi pericolanti interessi, gli si imponesse un controllo del genitore o del consiglio di famiglia. L'articolo 9 Cod. comm. parla chiaro: « I minori (quando sono emancipati ed abilitati al commercio nei modi e con le forme di legge) sono reputati *maggiori* quanto alle obbligazioni da essi contratte per atto di commercio »;

b) Il genitore e il tutore autorizzati a continuare il commercio nell'interesse di un minore (art. 12 Cod. comm.) possono, senza bisogno di speciale autorizzazione, validamente concludere un concordato stragiudiziale coi creditori dell'azienda del minore;

c) Quanto alla donna maritata, se essa è commerciante, potrà essa pure addivenire ad un concordato stragiudiziale coi suoi creditori, senza bisogno di speciale autorizzazione da parte del marito. Se però, allo scopo di evitare il fallimento, intendesse alienare od ipotecare i suoi beni dotali, allora le occorrerebbero le autorizzazioni e le forme prescritte dal Codice civile (art. 1404-1405 Cod. civ.; art. 14 Cod. comm.).

86. Venendo ora ad esaminare la posizione giuridica dei creditori nel concordato amichevole stragiudiziale, devo premettere l'osservazione già fatta più volte, cioè che in questo contratto i creditori agiscono separatamente, ciascuno per proprio conto, anzichè collettivamente.

Premesso questo, i singoli dubbî che ho dovuto risolvere relativamente alla persona del debitore, si presentano di nuovo pei creditori, ma non hanno più bisogno d'una larga discussione e possono essere risolti molto brevemente sulla scorta dei criterii già stabiliti. Così:

I. Un creditore può conchiudere il concordato stragiudiziale o direttamente o per mezzo di rappresentante, o di mandatario. Qui non c'è nemmeno quella lieve ragion di dubbio che poteva esserci pel debitore, giacchè anche pel

---

(1) Cfr. n. 32 e n. 78.

concordato giudiziale la legge non toglie al creditore, mentre toglie al debitore la facoltà di farsi rappresentare nell'adunanza di convocazione pel concordato.

La questione se l'institore, preposto al commercio del creditore, possa, senza bisogno di mandato speciale, addivenire ad un concordato stragiudiziale per conto del preponente, va risolta diversamente a seconda dei casi. Se il mandato d'istituzione è generico, non ci sarà bisogno di altro mandato speciale. Il rovescio accadrà se, il mandato d'istituzione essendo specifico, cioè relativo all'esercizio di una determinata azienda del preponente, ma non di tutto in genere il suo commercio, il credito, intorno al quale si dovesse concordare, uscisse dalla sfera dei rapporti commerciali cui l'institore stesso è preposto, per esempio fosse un credito contratto nell'esercizio d'un'altra azienda. In ogni caso poi, la facoltà per l'institore di agire pel preponente senza bisogno di mandato speciale, deve intendersi *limitata ai crediti di natura commerciale.* Un credito di natura civile determina nel creditore che voglia rimetterlo in parte, a scopo di concordato, un atto che rimane essenzialmente civile, e che perciò non può mai rientrare nelle attribuzioni « normali » dell'institore (1, 2).

87. II. L'erede con beneficio d'inventario, come tale, e il curatore d'un'eredità giacente, in modo assoluto, non possono comporre il credito ereditario mediante un concordato stragiudiziale. Nel loro caso il vantaggio dell'atto che compirebbero essendo certo meno immediato, il carattere di atto di disposizione balza agli occhi ancor più evidente.

88. III. *a)* Il minore emancipato, e così pure il genitore ed il tutore autorizzati alla continuazione dell'esercizio del commercio per conto del minore, potranno essi pure,

---

(1) Tutte queste ipotesi non erano possibili nell'esame dell'identica questione relativamente al debitore. Questi, infatti, nell'addivenire ad un concordato stragiudiziale, non compie mai un atto puramente civile (Cfr. n. 17 e n. 32).

(2) Cfr. pag. 104, nota 2.

come creditori, addivenire senza ulteriori autorizzazioni ad un concordato stragiudiziale, in quanto però sempre il rapporto di credito a cui si riferisce il concordato stesso, sia commerciale, rientri cioè nell'esercizio dell'azienda, cui devono attendere (1).

b) La donna maritata, come creditrice, si trova in condizioni diverse, secondo che è commerciante o meno.

---

(1) Si rileva qui una conseguenza importantissima del principio che il concordato non è un atto di liberalità e non può considerarsi come una remissione (Cfr. n. 33):

La Corte d'Appello di Genova, con sentenza del 15 aprile 1887, decideva: « La facoltà di esercitare lo stabilimento d'un minore non « implica quella di dare avallo a favore di terzi ». E la motivazione conteneva i seguenti concetti: « L'art. 12 Cod. comm., che permette al genitore ed al tutore di continuare l'esercizio del commercio di un minore, mediante l'autorizzazione del tribunale o, rispettivamente, quella del consiglio di famiglia o di tutela, omologata dal tribunale » si completa con l'art. 299 Cod. civ., al. 2°: « Il consiglio di famiglia potrà permettere la continuazione dell'esercizio (degli stabilimenti di commercio del minore), quando vi sia l'evidente utilità del minore; questa deliberazione sarà sottoposta all'omologazione del tribunale ». Ora, poichè l'art. 299, a sua volta, deroga all'art. 297, il quale, per gli atti previsti e permessi al tutore dall'art. 296, stabilisce che: « L'autorizzazione del consiglio di famiglia non può essere data in genere, ma deve essere speciale per ciascun atto e contratto », è chiaro che tutto lo spirito dell'art. 12 Cod. comm. e dell'art. 299 Cod. civ. sta in quella frase di quest'ultimo articolo: « quando vi sia l'evidente utilità del minore ». La qual frase pertanto deve servir di guida non solo al consiglio di famiglia od al tribunale per autorizzare il genitore o tutore ad esercitare il commercio per conto del minore, ma al genitore o tutore stesso per compiere i singoli atti che all'esercizio stesso si riferiscono. Quella del genitore o del tutore sarebbe, insomma, una capacità non assoluta, illimitata, ma trattenuta entro certi confini, e precisamente limitata agli atti, in cui vi sia l'evidente utilità del minore. Pertanto gli atti di pura liberalità, non essendo certamente « di evidente utilità pel minore » non potranno esser fatti dal genitore o dal tutore, se non mediante la speciale autorizzazione dell'art. 297 Cod. civ. « La Corte di Genova applica quest'esattissimo ragionamento al caso dell'avallo a favore di terzi. Questo essendo un atto di liberalità, esce dalla normale capacità del genitore e tutore autorizzati all'esercizio del commercio per conto del minore; e pertanto ci vorrà un'autorizzazione speciale.

Se si ammettesse che il concordato fosse una remissione, non resterebbe che applicargli lo stesso ragionamento ed escluderlo dalla capacità del genitore e tutore esercitanti il commercio del minore creditore.

Le questioni teoriche e generali esaminate nei primi capitoli di questo lavoro hanno, dunque, un'importanza pratica indiscutibile.

1° Se è commerciante, sarà certamente capace di convenire un concordato stragiudiziale (art. 14 Cod. comm.), in quanto, s'intende, il di lei credito rientri in quel commercio, all'esercizio del quale fu autorizzata.

2° Se non è commerciante, ovvero se, essendo pur commerciante, il suo credito non rientra nel suo commercio, ma è, per esempio, un credito civile, le occorrerà l'autorizzazione del marito (art. 134 cod. civ.), ovvero quella del tribunale, nei casi dell'art. 136, ovvero nessuna autorizzazione, nei casi dell'art. 135, al. 1° e 2° (1).

---

(1) Cassazione Torino, 29 ottobre 1889 (*Legge*, 1890, I, 154): « Alla donna maritata che voglia, come creditrice, prestare adesione al concordato amichevole intervenuto fra il marito e i suoi creditori (del marito), è necessaria l'autorizzazione del tribunale.

« Il prestare il proprio consenso al concordato stragiudiziale, col quale fra il commerciante oberato ed i suoi creditori si conviene la tacitazione dei creditori stessi mediante il pagamento di una determinata percentuale, costituisce evidentemente una remissione parziale di debito (!). Ora la remissione, vuoi gratuita, vuoi onerosa, di una parte del debito e quindi anche l'adesione volontaria al concordato stragiudiziale, deve considerarsi come una donazione (!) o come una riscossione di capitali, ed entrambi questi atti sono fra quelli che la legge non permette alla donna, se non mediante l'autorizzazione del marito o, in caso d'opposizione d'interessi, quella del tribunale.

Contra: Cassaz. Torino, 12 luglio 1887 (*Legge*. 1887, II, 264).

TITOLO III.

LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

CAPITOLO VI.

Formazione del contratto. — La proposta (il contenuto).

SOMMARIO. — 89. I due elementi della formazione del contratto. — 90. *A)* La proposta. Teoria del RAMELLA che limiterebbe al debitore il diritto di « proporre » un c. giudiziale. — 91. Critiche del VIDARI. — 92. Comunque, nel c. s. i creditori hanno certamente il diritto di proporre. — 93. Viceversa, chi non è nè debitore nè creditore, comunque interessato, può « promuovere », ma non proporre il c. s. — 94. L'oggetto della proposta. — 95. 1°) Remissione — È ammissibile la remissione totale? — 96. 2°) Dilazione. (Questioni relative agl'interessi). — 97. 3°) *Datio in solutum* — Pretesa inammissibilità della *cessio bonorum*, come forma di c. (RUTA ed App. Roma). — 98. Differenze fra il concordato e la *cessio bonorum*. — 99. Esempî pratici di c. per cessione. — 100. La cessione dell'azienda oberata è ammissibile *a fortiori* come forma di c. s., ma libera pienamente il debitore concordatario. — 101. 4°) Altre convenzioni che possono formare oggetto di c. a. s. — 102. Per una definizione del concordato a. s. — 103. Definizione. — 104. È ammissibile una proposta di c. sottoposto a condizione? — Opinione negativa del REZZARA quando al c. giudiziale. — 105. Esattezza di quest'opinione. — 106. *Quid*, pel c. stragiudiziale? — Argomenti per l'inammissibilità. — 107. La proposta condizionata in rapporto agli art. 684 e 688 del cod. di comm. — 108. Argomenti per l'ammissibilità — Conclusione. — 109. Requisiti sostanziali della proposta di c. a. s. — 110. Nessun requisito formale.

89. Come in qualunque altro contratto, così nel concordato amichevole stragiudiziale si possono distinguere, per quel che si riferisce alla conclusione, due elementi: la proposta e l'accettazione. Lo studio separato di questi due elementi, già molto importante di per sè, acquista poi maggior interesse, quando si vengono a distinguere le varie condizioni in cui il contratto stesso viene stipulato, se fra presenti o fra assenti.

A) **La proposta.**

90. Credo opportuno di stabilire in primo luogo che valore debba darsi ad una recente tendenza della nostra dottrina, la quale, relativamente al concordato obbligatorio, vorrebbe restringere al solo fallito (debitore) la facoltà di proporre il concordato. È giusta questa tendenza in rapporto allo stesso concordato obbligatorio? Se tale, è opportuno di estendere questa restrizione anche al concordato amichevole stragiudiziale?

Gli argomenti sui quali il Ramella ha fondato quella opinione sono veramente sottili (1). In sostanza, secondo lui, il fallito, essendo il solo che conosca esattissimamente le condizioni del proprio attivo e passivo, che sappia se può o meno, in caso di concordato, far qualche assegnamento sull'aiuto dei terzi, è anche il solo che possa, con serietà e con probabilità di riuscita, avventurare una proposta di concordato. Pertanto egli solo deve poter proporre il concordato: i creditori, e per essi il curatore, non potranno che *promuoverlo,* secondo l'art. 830, al. 1°, ed anche secondo l'art. 831, per il quale: « il fallito, il curatore e la delega-« zione dei creditori, ovvero tanti creditori che rappresen-« tino almeno la quarta parte del passivo possono sempre « chiedere al giudice delegato una convocazione dei credi-« tori per la proposta d'un concordato ». Questo articolo dovrebbe interpretarsi nel senso che, a parte il fallito, che qui è ricordato per pura ripetizione, gli altri possano, chiedendo una convocazione pel concordato, promuoverlo, ma proporlo, no.

Malgrado l'autorità dell'illustre autore, dichiaro che quest'interpretazione non mi convince: in primo luogo per la lettera della legge, in quanto l'art. 831 dice chiaramente: « possono sempre chiedere una convocazione dei creditori « per una *proposta* d'un concordato », il che deve necessariamente interpretarsi *per fare,* non semplicemente *per sentire* una eventuale proposta; in secondo luogo, per lo

(1) Ramella, op. cit., vol. II, pag. 219.

spirito di quest'articolo, giacchè sarebbe stranissimo che i creditori, una volta ottenuta la convocazione che, nel numero stabilito per ciò dalla legge, hanno potuto domandare, non potessero far nulla, se non viene una proposta dal fallito. Ma se hanno chiesto questa convocazione, è segno che avevano essi qualche proposta da fare: altrimenti avrebbero abbandonata quest'iniziativa al fallito, e non avrebbero cercato un'irrisoria perdita di tempo! Tanto valeva, se si fosse voluto condannarli ad aspettare in ogni modo una proposta del fallito, togliere loro senz'altro quella facoltà che il RAMELLA vorrebbe ridotta in così stretti confini ed a risultati così irrisorii, e lasciare senz'altro al solo fallito il diritto di chiedere la convocazione in questione. No, no, qui ci sono due contraenti: da una parte il fallito, la massa dall'altra; il contratto, salvo casi eccezionalissimi, torna a vantaggio di entrambi; entrambi dunque potranno proporlo, e non soltanto *promuoverlo*, come vorrebbe il RAMELLA. Il quale crede a torto che i creditori non conoscano lo stato del passivo e dell'attivo; dopo la verificazione dei crediti (e prima non può parlarsi di concordato giudiziale obbligatorio) essi lo conoscono benissimo, almeno in quei limiti nei quali apparirà ormai per tutta la procedura di concorso. E se la legge ha stabilito che non un solo creditore, ma almeno tanti quanti ne occorre per rappresentare la quarta parte del passivo, possano chiedere una convocazione per la proposta d'un concordato, vuol dire che ella stessa ha intuito quel pericolo di poca serietà ed ha cercato di provvedere in conseguenza.

Finalmente una differenza scientifica fra *proporre* e *promuovere* non c'è, o, per lo meno, io confesso che non so proprio vederla.

Pertanto io credo di poter concludere che anche i creditori, appunto in forza dell'articolo 831 Codice commercio, e precisamente nel numero prescritto dall'articolo stesso, possano proporre un concordato giudiziale.

91. *De jure condendo* la Commissione per la revisione del Codice di commercio ha introdotto, per mano del MORTARA, nel già citato *Schema preliminare per la riforma*

delle disposizioni sulla procedura di fallimento e di concordato (1), un articolo, il 219, che suona così: « il fallito può proporre ai suoi creditori un concordato in qualunque momento della procedura », intendendosi in questo modo di togliere quella facoltà ai creditori, conformemente alle intenzioni del RAMELLA. Ma a questo proposito il VIDARI fa alcune obiezioni, cui sottoscrivo di gran cuore: « Perchè mai? Se il concordato giova al debitore e può essere anche un gran beneficio per lui, non giova anche ai creditori, che, per tal modo, si vedono assicurato il pagamento d'una parte di quanto è loro dovuto? E se giova pure ad essi, perchè impedire, quando rappresentano una certa somma di interessi, che pur essi lo propongano? Certo sarà raro il caso, in cui il fallito non chieda egli medesimo il concordato, se appena sia in grado di offrirlo e di mantenerlo poi: ma, siccome la cosa è pur possibile, non si deve impedire ai creditori di procurarsi un beneficio che, altrimenti, potrebbe anche, per essi, andare perduto » (2).

92. Tutto ciò è vero *a fortiori* pel concordato amichevole stragiudiziale. Basta aver dimostrata la natura sua di contratto bilaterale per dedurne che, al pari di tutti i contratti bilaterali, anch'esso potrà essere proposto da uno qualunque dei contraenti. Qui non ci sono restrizioni oscure *de jure condito*, nè esplicite *de jure condendo*. Qui vigono i principî generali, ed una restrizione come quella che esamino sarebbe lesiva di questi principî e per ciò solo arbitraria.

Ma l'averne ampiamente dimostrata l'insussistenza in rapporto allo stesso concordato di fallimento è tutt'altro che superfluo: favorisce anzi questa conclusione, la quale si inferisce molto meglio da una notevole differenza, che è la base di distinzione dei due istituti, ed alla quale ho già avuto occasione di accennare più volte. Il concordato giudiziale ci rappresenta di fronte due soli contraenti, la massa dei creditori da una parte, il fallito dall'altra. Lo stragiudiziale ce ne presenta generalmente assai più: parecchi

(1) *Giurispr. Ital.*, 1897, parte V, pag. 23 e segg.
(2) VIDARI, *Corso*, vol. IX, pag. 553.

creditori (forse tutti) da una parte, dall'altra il debitore. I creditori qui agiscono *uti singuli;* e mentre il rapporto che contraggono gli uni di fronte agli altri è, nel concordato di fallimento, determinato dalla legge, qui invece dipende esclusivamente dalla loro libera volontà. Essi appariscono legati fra loro e col debitore in una catena contrattuale, di cui tutti gli anelli si equivalgono. Da qualunque parte si cominci il giro, questo apparisce uniforme, anzi uguale. Il vincolo parte dal debitore o da uno dei creditori, *uti singulus,* abbraccia tutti gli altri creditori ed il debitore, ritorna a quello da cui è partito e si perfeziona così. La figura del creditore, poichè qui agisce *uti singulus,* assume una importanza a sè molto maggiore: là rimaneva come assorbita nella massa, qui è prevalente. Pertanto sarebbe inconcepibile che si impedisse ad un creditore di proporre il concordato stragiudiziale. Quel pericolo di poca serietà nella proposta, del quale si preoccupa il RAMELLA, e che ha ispirato l'articolo 831 a richiedere l'accordo dei creditori rappresentanti almeno un quarto del passivo perchè possa partire da loro la proposta d'un concordato di fallimento, qui manca completamente. Uno di fronte all'altro, tutti i creditori si equivalgono: e il concordato stragiudiziale, consentendo di per sè convenzioni più svariate, rimedì più elastici, potrà essere proposto da qualunque creditore con vantaggio veramente prezioso. Una buona soluzione, quale il debitore o gli altri creditori non potrebbero nemmeno lontanamente sperare, può essere non solo suggerita, ma posta in atto da un creditore. Certo, v'è pericolo di collusioni: ma questo pericolo potrebbe verificarsi anche quando la proposta dovesse partire esclusivamente dal debitore. Basterebbe che un creditore avanzasse una proposta, la quale il debitore, a sua volta, avanzerebbe apparentemente per il primo.

La proposta d'un concordato stragiudiziale può dunque essere fatta da chiunque fra i contraenti.

93. Viceversa, chiunque altro che non entri direttamente come parte contraente, non potrebbe *proporre* un concordato amichevole stragiudiziale, per quanto interesse potesse avere alla conclusione di questo fra il debitore

commerciante ed i suoi creditori. La persona così interessata potrebbe *promuovere* il concordato: cioè non proporlo, ma farlo proporre, secondo i casi, o dal debitore, o dai creditori. Il parente o l'amico che, volendo salvare il debitore dal pericolo del fallimento, si disponesse a pagare una certa somma per lui, ovvero a garantire le sue nuove obbligazioni, non potrebbe pertanto proporre personalmente il concordato ai creditori, ma dovrebbe farlo proporre dal debitore stesso, salvo che, s'intende, fosse già creditore a sua volta.

94. Oggetto del concordato in genere possono essere svariatissime contrattazioni. Forse, anzi, si è nel concordato stragiudiziale che questa varietà si presenta più spiccata e notevole; perchè nel concordato obbligatorio la stessa natura della procedura di fallimento ch'è in corso rende inattuabili certe convenzioni, attuabilissime invece nel concordato stragiudiziale, il quale, avendo luogo all'infuori del fallimento, lascia più libero il campo alla volontà delle parti. Sotto questo punto di vista appare veramente profonda l'osservazione del SALVIA che nel concordato stragiudiziale vi sia spesso minore omogeneità dell'oggetto che non nel concordato di fallimento. Ma ho già dimostrato lungamente quanto sia inesatto inferire da quest'osservazione la conseguenza sostenuta dal SALVIA, che nel concordato stragiudiziale non si riscontri l'unicità del contratto (1).

Comunque, ammessa come indiscutibile questa grandissima varietà di contenuto, è certo che — nella grande maggioranza dei casi — oggetto del concordato è una remissione (2), ovvero una dilazione, ovvero anche, ad un tempo, una remissione e una dilazione. È opportuno esaminare separatamente questi singoli oggetti.

95. Quanto alla remissione ci si presenta qui il dubbio se essa debba essere sempre parziale o se possa concepirsi, come oggetto del concordato, una remissione totale.

(1) Cfr. cap. II, n. 21 e segg.

(2) Comunque, per essere esatti, converrà sempre dire che il concordato « contiene », non che « è » una remissione (Cfr., n. 33 e segg.).

La prima opinione è sostenuta a più riprese dal Rocco, il quale la giustifica osservando che i creditori, addivenendo ad un concordato, non agiscono per spirito di liberalità, e per conseguenza non possono sacrificare l'intero loro credito. Consento senza difficoltà che questo sia vero nella maggior parte dei casi: ma estenderlo a regola generale ed assoluta mi sembra erroneo. Potrebbe bene accadere talvolta che i creditori, per far presto, credessero opportuno o conveniente di rinunciare senz'altro al loro credito intero, pur di consentire al debitore la continuazione del suo commercio, la quale può avere per loro maggiore importanza che il soddisfacimento del loro credito attuale. In tal caso io non so come potrebbe impugnarsi la validità del concordato. Tutt'al più sarà il caso di distinguere fra concordato giudiziale e stragiudiziale e di affermare, quanto al primo, che la remissione totale non può ammettersi, se non sia consentita dall'unanimità dei creditori. E si capisce: se non si stabilisse questa condizione, i dissenzienti rimarrebbero obbligati ad una rinuncia totale, alla quale, logicamente, non possono essere costretti. Il fondamento dell'obbligatorietà pei dissenzienti delle deliberazioni prese dalla maggioranza legale — nel concordato di fallimento — sta in ciò che la legge presume che questa deliberazione della maggioranza rappresenti l'interesse di tutti (1). Se la maggioranza rinuncia completamente, questa presunzione viene meno. Pertanto, è logico richiedere, per la validità di questa rinuncia totale, l'unanimità dei creditori (2).

Ma nel concordato stragiudiziale non è il caso di parlare d'una simile restrizione. Qui l'effetto è limitato ai creditori che acconsentono: essi soli sono tenuti a rispettare quello

(1) Confr. cap. II, Appendice.

(2) App. Paris, 14 juillet 1879: « Si, par faveur pour le commerce, « la loi a tracé des règles de concordat exceptionnellement au droit « commun, et soumis la minorité des créanciers au traité sur les « créances délibérées avec le failli par une majorité de moitié en nombre « et des trois quarts en sommes, cette loi du concordat ne peut être « imposée à la minorité dissidente qu'autant qu'il s'agît d'un véritable « règlement des créances, soit par atermoyement, soit par remise « d'une partie du capital ou des intérêts, soit par tous pactes acces- « soires, qui sont permis, pourvu que l'effet de ces diverses stipula-

che hanno pattuito. Se pertanto, pur di permettere al debitore di liberarsi dal pericolo di fallimento, rinunciano totalmente, non vedo perchè debba negarsi la validità di questa remissione. Tutt'al più si potrà dubitare se tale remissione possa ancora dirsi un concordato (1): ma neanche questo dubbio appare legittimo. Anche in questo caso i creditori agiscono sempre nel loro interesse. Non prendere nulla oggi, per l'affidamento di rifare tra breve migliori affari col commerciante oberato val forse meglio, qualche volta, che stremare le ultime risorse dell'azienda in pericolo, per prendere una percentuale irrisoria, col rischio di protrarre appena, e di poco, il fallimento, senza evitarlo. Non dico che questo caso sia frequente in pratica, tutt'altro! Forse, potrà anche apparire come una semplice costruzione teorica, e nulla più. Ma può bastare a stabilire il principio generale che nessuna legge, nessuna giurisprudenza può pretendere di fissare alcun limite all'esame che il creditore ha diritto di fare dei proprî interessi ed alla scelta da parte sua dei mezzi migliori per sistemarli col miglior risultato.

96. La dilazione, come oggetto del concordato, non è meno frequente della remissione. Essa può combinarsi in vario modo colla remissione, ma può anche formare oggetto del concordato da sola. In questo caso si ha un concordato dilatorio o moratorio, che non è a confondersi colla moratoria, ma ne differisce per molti aspetti (2).

« tions soit de modifier seulement la créance et de laisser subsister « la qualité de créancier. Mais la majorité concordataire n'a pas le « droit d'astreindre les créanciers dissidents à une combinaison qui « supprimerait leur titre de créance et y substituerait un contrat d'une « autre nature. Ce ne serait plus là modifier le droit du créancier; « ce serait en disposer arbitrairement comme d'une chose propre et « l'anéantir... » (DALLOZ, 1880, II, pag. 7-8).

(1) « Anche nel concordato amichevole non si può rimettere totalmente il debito, perchè scopo del concordato è il soddisfacimento mediante la rinuncia parziale, non già mediante una rinuncia totale... Un preteso concordato amichevole portante una remissione totale, se non è concordato, può valere come remissione o donazione » (Rocco, op. cit., pag. 401, nota 25).

(2) Questa differenza è stata tante volte dimostrata dagli autori che stimo superfluo soffermarmici.

Veramente si è sostenuto da alcuno che nel concordato deve pure contenersi una riduzione del credito: ma anche questa restrizione mi sembra inesatta. Qualunque forma di convenzione, che riesca ad evitare il fallimento, è un concordato. Il debitore, pur non essendo in grado di pagare oggi, può esserlo fra un mese, fra un anno. Questo stato di cose può essere notorio ai creditori, i quali, pertanto, non avranno interesse a rimettere al debitore nessuna parte del suo debito. Ma dal momento che potrebbero farlo fallire ed invece preferiscono accordargli una proroga, questa convenzione è un concordato. Sostenere il contrario sarebbe volere costringere i creditori a rinunciare ad una parte del loro credito, quando sanno di poter essere soddisfatti per intero (1).

97. Certo meno comune, ma abbastanza frequente perchè la si debba prendere in considerazione in un breve studio sul contenuto del concordato, è la *datio in solutum*. A proposito della quale è molto interessante la sentenza della Corte d'appello di Roma, 29 maggio 1893 (2), confermante quella del Tribunale di Roma, 27 febbraio 1893 (3): « In mancanza del consenso di tutti gli interessati, non è « ammissibile, come forma di concordato, la cessione del- « l'intero attivo del fallito a favóre dei creditori, da liqui- « darsi per mezzo d'una speciale commissione nominata « dai medesimi ».

---

(1) La dilazione concessa al debitore oberato, nella forma del c. a. s., non impedisce, naturalmente, il decorrere di nuovi interessi durante il tempo della dilazione stessa, nè che questi interessi abbiano ad essere puntualmente pagati nei termini in cui si soleva pagarli prima del concordato. Invano si obietterebbe che il creditore, avendo concesso una dilazione allo scopo di evitare il fallimento, non deve, durante questa dilazione, rendere difficile la posizione del debitore concordatario, esigendo gli interessi anche pel tempo concesso. Gli interessi sono i frutti civili del capitale. Come tali sono assolutamente indipendenti, appena scadono, dal capitale che li produce, ed una dilazione che si limiti a protrarre il pagamento del capitale non può nè deve pregiudicarli. Se, d'altronde, quegli interessi sieno onesti e legali, rappresenteranno nè più nè meno che il compenso al creditore pel favore che egli fa, evitando il fallimento al debitore; e questi, in tali condizioni, troverà che vale la pena di pagarli.

(2) *Foro It.*, 1893, I, 1258.

(3) Ivi, 358.

Ed ecco la motivazione:

« La proposta di concordato, fatta dallo Z., si compendia « sostanzialmente nell'abbandono che egli farebbe di tutti « i suoi beni mediante un'amministrazione giudiziale. Ora « questa cessione di beni non può costituire la base d'un « concordato, nel quale non sia concorso il consenso di « tutti i creditori, perchè non può sostituirsi al procedi- « mento legale della liquidazione dell'attivo quello, meno « sicuro e sfornito d'ogni seria garanzia, d'una privata « gestione, e perchè non risponde ai sensi del concordato « che deve risultare dall'offerta ai creditori d'un'aliquota « certa e determinata, mercè la quale costoro rimettono « volontariamente al fallito, in vista della perdita non impu- « tabile a costui, la parte residuale del credito...

« La liquidazione stragiudiziale, essendo priva della « garanzia della direzione del giudice, dell'amministrazione « del curatore e della vigilanza della delegazione dei cre- « ditori, non rappresenta un vantaggio, ma un danno pei « creditori.

« La *cessio bonorum,* dunque, malgrado l'apparente sem- « plicità e disinteresse di tale proposta, non può conside- « rarsi come forma di concordato, perchè essa altra cosa « non è se non un prolungamento del fallimento, meno « l'osservanza delle guarentigie prescritte dalla legge a tutela « degli interessati ».

E l'avv. G. Ruta, in nota a questa sentenza, osserva:

« La *cessio bonorum,* tanto volontaria che giudiziale, non « è istituto del moderno diritto italiano. Scopo della cessione « dei beni, nel diritto romano, nel Codice napoleonico, nei « Codici italiani preesistenti, si era di liberare i debitori « dalle molestie dei creditori e specialmente dal carcere: « *ne detrahantur in carcere.*

« Questo *flebile auxilium* era dato solamente ai debi- « tori sventurati e di buona fede: ed il giudice, prima di « accordarlo, doveva esaminare se l'insolvibilità derivasse da « sventura o non piuttosto da dolo o colpa del debitore. « La prova della buona fede doveva fornirsi dal debitore, « presumendosi, fino a prova contraria, la mala fede di lui. « E, quel ch'è più, il debitore con la cessione di tutti i suoi

« beni non veniva liberato per intero, ma fino alla concor-
« renza del valore di tutti i beni ceduti: Qui bonis cesserint,
« nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati » (L. 1, Cod., *Qui bonis cedere possunt,* VII, 71).

« E per le cose dette la *cessio bonorum,* come forma di
« concordato giudiziale, ripugna alla finalità della proce-
« dura di fallimento ».

98. Incomincio coll'osservare che il RUTA, pur volendo confermare pienamente il pronunciato della Corte d'appello di Roma, è andato più in là del pronunciato stesso: infatti, mentre questo sostiene inammissibile le cessione dei beni, come forma di concordato giudiziale, quando *non* sia consentita da *tutti* indistintamente i creditori, il RUTA afferma recisamente che la *cessio bonorum,* come forma di concordato giudiziale, ripugna alla « finalità della procedura di fallimento », il che equivale ad escluderla in ogni caso.

Comunque, io dissento recisamente da questa dottrina; la quale, secondo me, ha il grave torto di confondere la *cessio bonorum* del diritto romano coll'abbandono dell'attivo. I due istituti, invece, sono profondamente diversi. L'uno, infatti, serviva a salvare il debitore dalle asprezze della procedura esecutiva, specialmente dall'arresto personale: l'altro, come forma di concordato, ha in mira la composizione degli interessi fra debitore e creditori. La *cessio bonorum,* come esattamente osserva il RUTA, non liberava il debitore che fino alla concorrenza del valore dei beni ceduti: l'abbandono dell'attivo, invece, non è concepibile se non coll'effetto di liberare *completamente* e *definitivamente* il debitore concordatario. In questo suo effetto, anzi, sta il naturale rimedio di quella incertezza, di quella mancanza di garanzie pei creditori, di cui tanto si è preoccupata la Corte di Roma. Il debitore, infatti, essendo liberato completamente, non ha più nessun interesse nella gestione e nella liquidazione: questa spetta ai creditori, e frodi od inganni da parte del debitore non c'è più da temerne, perchè egli non vi ha più alcun interesse: vi è estraneo. L'argomento poi della Corte di appello che « questa convenzione non risponda ai sensi
« del concordato, che deve risultare d'un'aliquota certa e

« determinata... » è insussistente, nè io riesco a spiegarmi in che cosa la Corte faccia consistere quell'incertezza. In verità è inconcepibile che i creditori accettino una proposta di questo genere, senza prima essersi accertati, a mezzo d'un inventario, di quel che vale l'azienda del fallito. E ben vero che, trattandosi probabilmente in gran prevalenza di merci, il loro valore è sempre un po' fluttuante per le condizioni del mercato, o per mille altre contingenze, e quindi nel loro complesso i creditori troveranno un valore non così assolutamente certo, come se la loro percentuale fosse loro versata in moneta sonante. Ma da questo a dire che, nel caso in questione, la loro aliquota sarebbe « incerta ed indeterminata », mi pare che ci corra! A buon conto, allora, nessun commerciante potrebbe mai sapere, nemmeno approssimativamente, quanto può valere l'azienda che esercita (1).

99. L'unico argomento che potrebbe far dubitare se sia valida la convenzione per cui il debitore si obbliga ad abbandonare la sua azienda ai creditori, i quali si assumono o la liquidazione o la continuazione dell'azienda stessa, specialmente in rapporto al concordato di fallimento, e quindi induce la dottrina a fissare come condizione essenziale per la validità di questa convenzione appunto il consenso dell'unanimità dei creditori, si è proprio quello di cui la Corte d'appello di Roma non parla affatto: cioè che, in forza d'una tale convenzione, i creditori dissenzienti sarebbero obbligati *ad faciendum,* il che è contrario ai comuni principî di diritto. Ma forse nemmeno quest'argomento ha un valore assoluto. Se infatti sia pattuita soltanto la liquidazione, i dissenzienti non sono proprio obbligati a fare nulla; quando gli assenzienti, che saranno sempre i liquidatori, abbiano dato loro la percentuale che percepiscono essi medesimi, non avranno altro da ripetere. Se poi gli assenzienti avessero convenuto la continuazione dell'azienda del fallito da parte dei creditori, la massa creditoria si

(1) Del resto, ad evitare frodi e per maggior garanzia, nulla osta che si nomini un liquidatore non creditore, il quale abbia tutta la responsabilità d'un mandatario. Ciò sarà sempre più economico che la liquidazione fallimentare.

trasformerebbe in una società, dalla quale i dissenzienti sarebbero sempre liberissimi di astenersi, contro il pagamento della percentuale dovuta. Certo sarebbe ingiusto opporre al fallito, il quale abbia ottenuto dai creditori ed eseguito a sua volta un concordato di tal fatta, l'invalidità del concordato stesso. Che se in pratica sorgeranno delle contestazioni, ciò dipenderà forse dalla disonestà dei liquidatori, non certo dall'impossibilità giuridica d'una convenzione di questo genere. La quale non si capisce come sollevi tanti dubbî da noi, mentre in Francia, dove pure le tradizioni giuridiche sono identiche, è previsto e disciplinato dalla legge il « concordat par abandon d'actif », che non è altro se non la convenzione studiata fin qui.

100. Tutto ciò è vero *a fortiori* pel concordato stragiudiziale. Qui, al solito, l'effetto si limita agli assenzienti: essi soli vengono ad assumere la liquidazione o la gestione dei beni ceduti: qui nessuno *cogitur ad faciendum*, e pertanto, non essendo valide le altre obiezioni già discusse, si deve concludere per l'ammissibilità della cessione dell'attivo come contenuto del concordato stragiudiziale, *senza restrizioni di sorta. La liberazione completa del debitore è però sempre inseparabile da questa cessione;* senza di ciò, egli verrebbe a devolvere tutti i suoi beni pel soddisfacimento, integrale o parziale, di alcuni soltanto fra i suoi creditori, il che non può ammettersi, pel disposto dell'articolo 1949 Cod. civ., secondo il quale « i beni del debitore sono la « garanzia comune dei suoi creditori, i quali vi hanno tutti « un egual diritto, quando fra essi non vi sieno cause legit- « time di prelazione ». Il debitore adunque, cedendo i suoi beni ad alcuni fra i suoi creditori, mediante un concordato stragiudiziale, deve intendersi *liberato completamente;* i creditori, a cui l'attivo stesso fu ceduto, sottentrano nell'obbligo suo di soddisfare gli altri creditori. Le regole della cessione dei diritti in materia commerciale riceveranno qui la loro normale e rigida applicazione.

101. Le forme accennate fin qui (remissione, dilazione, dazione in pagamento) sono certamente le più frequenti nel

concordato, giudiziale o stragiudiziale. Ma non sono certo le sole. Svariatissime altre contrattazioni possono contenervisi. Così, per es., in un concordato potrebbe semplicemente pattuirsi l'iscrizione di ipoteche sui beni del debitore o di un terzo, ovvero anche semplicemente costituirsi un fideiussore. Può anche darsi che si ricorra a risoluzioni di vendite o d'altri contratti, che si pattuiscano somministrazioni particolari, che si risolvano obbligazioni di dare o fare con lievi indennizzi; che insomma in qualunque modo agli antichi accordi se ne sostituiscano dei nuovi. Può anche accadere che alcuno dei creditori assuma, in corrispettivo di vantaggi speciali, l'obbligo di pagare gli altri creditori, generalmente in una certa percentuale (1).

Un creditore stipulò col suo debitore insolvente la cessione della di lui azienda, nella quale si impegnò di associarlo, contro l'obbligo da parte di esso creditore cessionario di pagare gli altri creditori in ragione del 40 %. Convenzione valida questa, purchè sia resa nota ai creditori, che dovranno ricevere quella percentuale, e liberamente consentita.

« Molto originale », scrive il GUARIGLIA, « è la convenzione che troviamo in un documento del 1411 del *Lubisches Urkundenbuch*. Il debitore, che era un ramaio, si obbligava di lavorare per 4 anni pei suoi creditori, e costoro dovevano fornirgli i materiali e gli strumenti pel lavoro » (2).

102. Questa molteplicità e svariatezza di contenuto, mentre conferma il principio che il concordato non deve

---

(1) In applicazione del criterio fondamentale posto a soluzione della questione dei vantaggi speciali, può dirsi che una convenzione di tal fatta è valida, purchè sia all'infuori del concordato, ovvero vi entri palesemente. Nel primo caso, infatti, i creditori aderenti non hanno ragione di lagnarsi, in quanto devono sapere che il creditore favorito, non avendo aderito al concordato concluso fra loro ed il debitore, sarà pagato integralmente. Concordato sarebbe dunque, nel vero senso della parola, la convenzione fra il debitore e il creditore favorito, come quella che permette di evitare il fallimento. Nel secondo caso i creditori, essendo in grado di conoscere quel trattamento speciale, vi hanno liberamente consentito (cfr. cap. IV, n. 69 e segg.).

(2) GUARIGLIA, op. cit., pag. 9 (nota).

esser ridotto a così angusti confini da potersi identificare con la remissione, o con la transazione, o con qualunque altro contratto nominato, mentre persuade a ripetere con maggior chiarezza che è un contratto « sui generis », chiarisce anche come sia grave errore il definirlo mediante una esemplificazione o enumerazione tassativa delle varie convenzioni che possono contenervisi. Poichè determinare *a priori* tutte queste convenzioni non è possibile, così si corre il rischio di lasciar fuori molte contrattazioni, le quali, per altro, non sono se non concordati veri e proprî. L'osservazione non è superflua, ove si pensi che alcuni autori, nella definizione del concordato, giudiziale o stragiudiziale, non seppero guardarsi da quest'errore (1).

---

(1) Definizioni del concordato, ce n'è a iosa. Ogni autore, occupandosi o del fallimento in genere, o del concordato in ispecie, n'ha data una. Ma, in verità, ben poche o forse nessuna rispondono ad una esatta concezione scientifica dell'istituto. Ne riporto qualcuna promiscuamente, senza distinguere cioè quelle del concordato giudiziale da quelle dello stragiudiziale:

Secondo il Vidari (*Corso*, vol. IX, p. 1, n. 8427) il concordato è « quella « convenzione, per cui un certo numero di creditori, se non anche tutti, « concedono al fallito la rimessione d'una parte dei suoi debiti, allo « scopo di assicurarsi il pagamento della residua parte non rimessa, « e di impedire così la dichiarazione giudiziale del fallimento di lui « o gli effetti di questa dichiarazione, se già avvenuta ». Definizione questa, la quale, pur avendo il merito di raccogliere insieme i due concordati e di affermare, quanto allo stragiudiziale, che non è necessario il consenso dell'unanimità dei creditori (cfr. n. 60), è poi inaccettabile, appunto per l'errore indicato nel testo.

Bolaffio. *I componim. priv.* (*Temi Veneta*, 1884, pag. 133 e segg., cit.): « Il concordato è quella convenzione omologata dal Tribunale, « mediante la quale i creditori, o tutti d'accordo, o anche soltanto « nelle maggioranze per numero ed entità economica prescritte dalla « legge, rimettono il fallito alla testa del suo commercio verso il sod- « disfacimento o totale o parziale dei loro crediti nelle scadenze deter- « minate ». Definizione questa (relativa soltanto al concordato giudiziale) viziata dello stesso errore della precedente, con quest'aggravante, che quello che qui si indica come contenuto normale del concordato è assai meno frequente.

Il Giorgi (*Teoria delle obbligazioni*, vol. VII, pag. 415) scrive: « Il « concordato è una remissione parziale dei debiti che la totalità o la « maggioranza dei creditori, rappresentanti almeno i 3/4 della somma « totale dei crediti, concede al fallito sotto le forme stabilite dal Codice « di commercio, remissione che diviene obbligatoria anche pei dissen- « zienti e per gli assenti ». Anche questa definizione ha l'identico difetto delle precedenti.

103. Restringendomi al concordato amichevole stragiudiziale, una definizione abbastanza esatta, tenuto conto di tutte le questioni di indole generale che sono venuto svolgendo fin qui, potrebbe, credo, essere questa: « Il concordato amichevole stragiudiziale è un contratto commerciale, bilaterale, *sui generis*, mediante il quale tanti creditori quanti ne occorrono per raggiungere lo scopo, si accordano col debitore comune e fra loro, al fine e coll'effetto di prevenire ed evitare, mediante obbligazioni lecite di qualunque natura, l'apertura del fallimento » (1).

104. Prima di abbandonare lo studio della proposta di concordato stragiudiziale e di passare allo studio dell'accettazione, debbo ancora risolvere un'altra questione: vedere cioè se possa ammettersi una proposta di concordato, il cui adempimento sia poi sottoposto a condizione (2).

CAVO (loc. cit., pag. 342): « Il concordato è un contratto, in cui da « un lato il debitore, dall'altro i creditori (tutti, se trattisi di concor- « dato amichevole, la maggioranza se trattisi di concordato giudiziale) « addivengono ad una sistemazione dei loro interessi... » Fin qui questa definizione, mentre incorre nell'errore di richiedere l'unanimità dei creditori pel concordato stragiudiziale, sarebbe però esatta, perchè non specifica il contenuto del contratto. Il guaio si è che il CAVO continua: « ...sistemazione, nella quale l'ammontare del credito vien ridotta, e, « quasi sempre, per la parte residuamente dovuta, si concede una mora ».

MASSÈ, *Le droit commercial dans ses rapports...*: « Le concordat « est un traité entre le failli et ses créanciers, par lequel ceux-ci, dans « la vue de moins perdre, accordent à leur débiteur soit des délais « pour payer, soit des remises sur le montant de leur créance ». (Vol. IV, pag. 351).

Più esattamente di tutti, sebbene con grave errore nell'ultima parte, quanto all'uguaglianza di trattamento, il LANNI: « Il componimento o concordato amichevole è quella convenzione bilaterale, mediante la quale il commerciante decotto regola i suoi rapporti con tutti i suoi creditori, facendo a tutti la medesima condizione, ad oggetto di evitare la dichiarazione di fallimento ». (Loc. cit., pag. 390).

Quindi perfettamente il BONELLI: « Concordato nel senso più generale si dice qualsiasi accordo fra un debitore insolvente e i suoi creditori intorno ai rispettivi rapporti di credito e debito, avente per iscopo e per effetto di evitare il fallimento, o di farlo cessare, se già dichiarato ». (Loc. cit., pag. 650).

(1) Cfr. nota 1 a num. 61.

(2) Dico solamente « a condizione », e non anche a termine, perchè l'apposizione di termine nella convenzione d'un concordato è non solo lecita, ma frequentissima. Vi si ispira una delle principali forme di concordato, e precisamente quella del concordato dilatorio (Cfr. n. 96).

Uno solo degli autori che presso di noi hanno studiato il concordato di fallimento, si è proposto la questione: è il Rezzara, il quale la risolve negativamente:

« Basta riflettere come il concordato in seguito alla omologazione divenga tosto obbligatorio per tutti i creditori e quali conseguenze derivino dallo stesso, per convincersi come tutto questo non possa essere incerto, subordinato all'avverarsi d'una condizione. Il concordato fa cessare lo stato di fallimento (articolo 841 Codice commercio), e col cessare di questo cessano tutte le funzioni che ad esso si riferiscono: cessa il giudice delegato, cessa il curatore, cessa la delegazione dei creditori; il fallito ha diritto alla resa di conto dell'amministrazione del fallimento e alla consegna di tutti i suoi beni, i suoi libri, le sue carte.

« Ora la legge non può ammettere che tutti questi effetti, di evidente gravità ed importanza, possano essere incerti, subordinati ad un evento futuro. Che anzi il legislatore ha elevato a reato l'inadempimento agli obblighi del concordato, dichiarando colpevole di bancarotta semplice il fallito che non avesse soddisfatto alle obbligazioni assunte nel concordato.

« Non è quindi giuridicamente ammissibile che la procedura di fallimento venga dichiarata chiusa in forza di un atto, il cui effetto è rimesso ad un evento futuro ed incerto.

« Abbiamo avuto l'onore di sostenere questa tesi dinanzi la Corte di Venezia in causa Gasparini contro Fallimento Gasparini, Novello ed altri.

« La Corte veneta la respinse con sentenza 26-29 dicembre (inedita) per i seguenti motivi:

« L'odierno appellante sostiene che un concordato non può
« essere proposto sotto condizione, dovendo diventare tosto
« obbligatorio anche per quelli che non vi hanno consentito;
« ma anche questo è un errore; lo stesso appellante avendo
« ammesso che il concordato non è altro che un contratto che
« si forma fra la massa dei creditori ed il fallito, deve pure
« ammettere che sia soggetto alle regole comuni dei contratti,
« e quindi possa essere stipulato anche sotto condizione.

« Per ritenere diversamente sarebbe necessario che vi
« fosse un particolare divieto della legge, divieto che non
« esiste.

« Questi motivi (prosegue il REZZARA), non ci sembrano « fondati. Nessun dubbio che il concordato sia un contratto, « ma un contratto speciale, *sui generis,* che va quindi uniformato alle disposizioni speciali del Codice di commercio che « lo regolano. Ora, se l'istituto del concordato, per le conse- « guenze che dalla sua formazione derivano, è tale da non « ammettere la sua conclusione sotto condizione, non è neces- « sario che ciò sia espressamente dichiarato in una sanzione « di legge, quando deriva dal carattere stesso dell'istituto. « Non si può pretendere che il Codice si converta in una casi- « stica indefinita. Fissati gli estremi d'un istituto giuridico, è « all'interprete che spetta svolgerlo ed adattarlo alle singole « convenienze » (1).

105. Accetto pienamente questa dottrina del REZZARA. Il concordato giudiziale, in quanto pone termine al fallimento, in quanto sostituisce una liquidazione amichevole alla giudiziale *già in corso,* in quanto toglie al tribunale, ove questo creda di omologarlo, ogni e qualunque ingerenza in questa liquidazione, ha tali e così importanti effetti, che non può proprio farsene dipendere l'esistenza giuridica da un avvenimento futuro ed incerto. Il fallimento, d'altronde, ha anche effetti di diritto pubblico, oltrechè di diritto privato, ed il tribunale, chiamato ad omologare un concordato, ha il dovere di tenerne conto, ha il dovere di accertarsi che il concordato, in realtà, ponga fine al fallimento, il che non si sa mai con certezza, se questo concordato porta in sè, per la sua esistenza, una condizione di qualunque specie.

106. E quanto al concordato stragiudiziale, dovrà ritenersi ammissibile la condizione?

La questione che esamino non è puramente teorica. Al pari e più forse di tutte quelle che ho esaminato fin qui, essa ha una portata pratica indiscutibile. Nella pratica, infatti, è tutt'altro che impossibile il caso d'una convenzione, la quale parrebbe un concordato stragiudiziale, portante in sè una condizione. Un commerciante oberato sul punto

(1) REZZARA, op. cit., pag. 156-157.

di fallire, convoca i suoi creditori, in via privata, e propone loro un accomodamento, offrendo una determinata percentuale, a condizione che una certa operazione ch'egli ha intrapreso dia buoni frutti, ovvero che una lite pendente si risolva in modo a lui favorevole, ovvero che gli pervenga una certa eredità. Una tal convenzione, nella elasticità e complessità dei rapporti commerciali, non è impossibile, è anzi perfettamente concepibile; ma sarà anche giuridicamente valida?

Sembra indurre alla soluzione negativa, prima di tutto, *la necessità della certezza del sacrificio da parte dei creditori.* Questi, in un concordato stragiudiziale, non devono accettare ad occhi chiusi una condizione che potrebbe distruggere ogni loro pretesa. La loro volontà, nel concordato stragiudiziale, è o deve presumersi sempre animata dal pensiero di salvare tutto quanto è possibile dal comune naufragio, nel quale, per la via del fallimento, si perderebbe anche più. Pertanto pare che essi dovrebbero avere una relativa certezza di salvare almeno qualche parte del loro credito. L'ammissibilità della cessione dell'attivo, come contenuto del concordato amichevole stragiudiziale, non osta a questo principio: in primo luogo perchè, generalmente, questa cessione dell'attivo non viene accettata dai creditori, se non previo inventario od accertamento di qualunque genere del valore di quest'attivo; in secondo luogo perchè, quanto meno, i creditori non sanno ancora *quanto* prenderanno, ma sanno con certezza che *qualche cosa* prenderanno (Cfr. n. 100). Invece questa certezza, per quanto relativa, manca assolutamente nella convenzione che esamino: se il debitore dice ai suoi creditori: « Vi do il 30 %, se vinco questa lite », i creditori, accettando, non sanno se questa lite sarà vinta, non sanno, per conseguenza, se prenderanno quel 30 % o magari anche nulla.

107. Comunque, in conseguenza d'una convenzione di questo genere, sembra che manchi la certezza giuridica che il fallimento sia proprio evitato.

L'art. 684 Cod. comm. suona: « Il fallimento è dichiarato « con sentenza pronunciata sulla dichiarazione del fallito « o ad istanza d'uno o più creditori, o d'ufficio ».

Quest'ultimo caso, che il fallimento sia dichiarato d'ufficio dal tribunale, si verifica in verità ben di rado, ed è stato oggetto di vive critiche. Non pare che il tribunale debba ingerirsi nei privati rapporti fra un commerciante e i suoi creditori, sì da poter dichiarare il fallimento, non desiderato nè richiesto nè da questi nè da quello. Ma forse, in confronto alle collusioni, alle frodi, ai mezzi pericolosi, con cui il commerciante oberato suol prorogare il suo fallimento, in confronto ai nascosti e non confessati interessi che taluno dei creditori può avere a non chiederlo, finalmente in considerazione dei rapporti di diritto pubblico, inerenti all'intera sicurezza del commercio, che si connettono sempre al fallimento d'un commerciante, non è male che, in certi casi, sia data facoltà al tribunale di intervenire e dichiarare d'ufficio il concorso. Comunque, se questa facoltà gli è data, è ben naturale che il tribunale *possa* (1) valersene, in ogni caso ed in qualunque modo in cui quell'insolvenza gli consti. Limitare questa facoltà non sarebbe possibile, se non stabilendo che il tribunale non possa dichiarare il fallimento, fuorchè su richiesta degli interessati, dei creditori, cioè, o del debitore insolvente. Ma in tal modo quella facoltà non sarebbe limitata, ma soppressa, e tanto varrebbe escluderla senz'altro. In ogni modo, ripeto, allo stato attuale della nostra legge, *può* il tribunale, ove gli consti quell'insolvenza, dichiarare il fallimento d'ufficio.

Allora, ecco che cosa ne risulta:

Ammesso pure che i creditori abbiano accettato quella percentuale, sotto condizione che quella certa lite sia vinta, l'insolvenza non cessa fin tanto che quella condizione non siasi verificata, e quindi fino allora il tribunale può, *d'ufficio,* dichiarare il fallimento. Pertanto il pericolo del fallimento non può dirsi « evitato » da quella convenzione: la quale, pertanto, non sarebbe un concordato amichevole stragiudiziale.

108. Ma giudicando le cose da un altro punto di vista, pare di dover giungere ad una conclusione perfetta-

(1) Dico *possa* e non *debba;* cfr. però *infra*, n. 162 e segg.

mente opposta. In fin dei conti, si può dire, siamo qui in un campo in cui la volontà delle parti domina assoluta e sovrana. Se è vero che in qualunque contratto, in generale, possono apporsi delle condizioni, non si vede perchè, mancando un divieto espresso della legge, dovrebbe escludersi *a priori* questa possibilità pel concordato amichevole stragiudiziale. Se tanti creditori, quanti ne occorrono perchè il debitore oberato possa eventualmente soddisfare per intero i dissidenti, accettino una proposta condizionata di concordato, ad esempio quel 30 %, a condizione che il debitore vinca quella lite pendente, essi si impegnano per ciò solo a non ripetere il loro credito fin tanto che in realtà non sia vinta quella lite, *vi rinunciano a priori se quella lite fosse perduta.* In confronto d'una convenzione di questo genere, se il tribunale, venendone a conoscenza e stimando insolvente il debitore credesse opportuno di valersi della facoltà accordatagli dall'art. 684 e di dichiarare il fallimento d'ufficio, nascerebbe fra il tribunale ed i creditori un conflitto da cui potrebbe anche derivare un'opposizione alla sentenza dichiarativa, sulla quale opposizione il pronunciato definitivo sarebbe veramente difficile. Potrà parere opportuno ad un giudice di dare il massimo valore alla volontà delle parti, di non giudicare insolvente il debitore a cui i creditori non chiedono nulla, per effetto d'una convenzione, per quanto condizionata, cui hanno aderito, consci di tutte le conseguenze che da quella condizione derivano. Potrà parere ad un altro giudice più logico che l'insolvenza stia in questa stessa incertezza dello stato in cui verranno a trovarsi i creditori, dipendente dall'adempimento o meno di quella certa condizione; che sia, in ogni caso, conveniente di dichiarare senz'altro il fallimento onde por fine a quell'incertezza, salvo, se in realtà, quella lite sarà vinta, e ne verrà un beneficio al patrimonio del debitore, ammettere immediatamente i creditori a goderne (1).

(1) Tuttavia a me parrebbe molto più logica la prima soluzione. Insolvenza vera e propria, in quest'ipotesi, non mi pare ci sia. L'insolvenza, come fattore essenziale del fallimento, non è qualche cosa di astratto, ma si verifica solo in quanto ci siano dei creditori che, a

In ogni caso sarebbe questione tutta devoluta all'apprezzamento del giudice, e che, quindi, non può più essere esaminata aprioristicamente dalla dottrina.

Chè, se nè i creditori nè il debitore facessero opposizione a quella sentenza dichiarativa e avesse corso il fallimento, il concordato accettato sotto condizione s'intenderebbe risoluto senz'altro; perchè un concordato, per aver valore, deve sempre riuscire ad « evitare » il fallimento, senza di che non è concordato; e se non vi riesce, si ha come non avvenuto. E, per converso, se il tribunale non si valesse per nulla della facoltà accordatagli dall'art. 684 di dichiarare il fallimento d'ufficio, quel concordato stragiudiziale, intervenuto fra il debitore ed i suoi creditori, per quanto sottoposto ad una condizione, sarebbe tuttavia validissimo (1).

109. La proposta d'un concordato amichevole, in ogni caso, deve essere chiara, precisa e determinata. Non sarebbe dunque ammissibile una proposta il cui contenuto riuscisse incerto o indeterminato. Questo concetto però va inteso con una certa moderazione. Così ho avuto occasione di accennare alla possibilità di un concordato stragiudiziale, in cui la percentuale dei creditori non sia stabilita *a priori*, ma risulti da una liquidazione il cui esito è incerto. Così pure è certamente valida una convenzione di concordato stragiudiziale che ho vista praticata di recente: i creditori si impegnarono a liberare il comune debitore da ogni sua obbligazione, a patto che egli pagasse il 25 % subito, il

---

scadenza, *reclamino* il pagamento. Ora, quando quelli che lo reclamano sono pagati, e gli altri, accontentandosi di aspettare che si verifichi o meno una condizione, per intanto non lo reclamano, non mi pare proprio che vi sia fallimento (Cfr. Bonelli, *Comm.*, n. 2).

(1) Tutto quel che ho detto fin qui si riferisce all'ipotesi che la condizione apposta al concordato stragiudiziale sia sospensiva. Una condizione risolutiva in questo contratto non sarebbe mai concepibile. Se i creditori e il commerciante oberato trovano ancora nell'attivo di questo di che soddisfare, almeno parzialmente, i crediti, e comporre così gli interessi comuni, non si capisce perchè dovrebbero far dipendere la cessazione di quest'accordo da un avvenimento futuro ed incerto. Gli uni e l'altro hanno troppo interesse a che sia definitivo!

50 °/₀ entro un anno a rate mensili, e il residuo 25 °/₀ da prelevarsi dai guadagni dell'anno successivo « se ve ne fossero stati ». Quest'ultima clausola non potrebbe forse neanche dirsi una condizione, perchè in essa già si conteneva la rinuncia a quel residuo 25 °/₀, pel caso che dei guadagni non ce ne fossero stati.

110. Le norme contenute nel numero precedente si riferiscono al contenuto, alla sostanza della proposta di concordato amichevole stragiudiziale. È qui opportuno osservare, senza svolgere quest'argomento, che sarà trattato ampiamente più avanti (1), che relativamente alla *forma* nessuna regola è stabilita dalla legge, nè, per conseguenza, può essere fissata dall'interprete.

La proposta non deve di necessità essere scritta, e può esser fatta in qualunque modo, senza nessuna delle formalità stabilite dall'art. 832 Cod. comm. pel concordato giudiziale.

(1) Cfr. cap. VII, n. 116, 117 e segg.

CAPITOLO VII.

L'accettazione, la conclusione, la forma, la prova.

B) L'accettazione.

111. Il creditore, a cui sia giunta in qualunque forma una proposta di concordato stragiudiziale, ha naturalmente piena facoltà di decidersi in quel senso che meglio risponde ai proprî interessi. Se si decide in senso favorevole, in questa sua decisione si concreta l'accettazione, come secondo elemento, il quale, insieme al primo, la proposta, dà intera la conclusione del contratto. Pertanto quest'accettazione, come tale, è soggetta alle regole comuni che governano l'accettazione in tutti i contratti. Per conseguenza:

a) Il creditore non può accettare solo in parte la proposta fattagli; ma deve accettarla così come sta: se l'accettasse solo in parte o limitatamente, questa sua accettazione varrebbe rifiuto della proposta accompagnato da nuova proposta (art. 37 Cod. comm.).

b) L'accettazione, quanto alla forma, può aver luogo in qualunque modo, quindi può avvenire anche oralmente ovvero risultare da lettere o da telegrammi. Forse potrebbe anche essere tacita.

112. Nel concordato amichevole stragiudiziale l'accettazione deve intendersi non come individuale, ma come

accettazione collettiva da parte di tutti i creditori od almeno di tanti, quanti ne occorre perchè l'insolvenza del debitore comune sia eliminata, senza di che non si ha concordato. Ciò si rileva dalla natura stessa dell'istituto. È ben vero, infatti, che qui non abbiamo, come nel concordato giudiziale, due soli contraenti, il fallito e la massa; ma abbiamo pur sempre un contratto unico, che risulta non solo dall'accordo tra il singolo creditore ed il debitore, ma anche fra tutti i creditori che vi intervengono *uti singuli*. Questo ultimo elemento ha tale importanza, da entrare necessariamente come elemento costitutivo nella definizione del contratto; ed è specialmente in base a questo elemento, che ho potuto sostenere con buon fondamento l'unicità del contratto stesso (1).

Ritornando all'affermazione che, di fronte alla proposta, l'accettazione, nel concordato stragiudiziale, deve intendersi come collettiva, non come individuale, premetto che questo punto è veramente molto delicato. In sostanza voglio dire che se, per esempio, il debitore telegrafa al creditore lontano: « Propongo concordato 50 °/₀ », e il creditore, pure telegraficamente risponde: « Accetto », questa parola « accetto » deve interpretarsi come: « Accetto, purchè riusciate a combinare il concordato ». Parrà ch'io voglia in tal guisa trasformare un'accettazione pura e semplice in una condizionata; ma non è questo. Si tratta solo di por mente alla particolare natura delle cose. Il creditore, rispondendo « accetto », che cosa intende accettare? Certamente, un concordato al 50 °/₀. Ma quando può dirsi che vi sia un concordato al 50 °/₀? Quando tanti creditori accettino questo 50 °/₀, quanti ne occorre perchè il debitore sia libero dal pericolo di fallimento. Dunque l'accettazione del creditore *uti singulus* è in qualche modo soggetta alla condizione che il fallimento sia evitato: se basta essa sola a raggiungere questo effetto, ha valore di per sè: altrimenti l'essere soggetta alla condizione che il fallimento sia evitato significa essere soggetta a quella dell'accettazione

(1) Cfr. n. 21 e n. 103.

da parte degli altri. Se non fosse così, il creditore che accetta pel primo, rimarrebbe vincolato ad un errore, in quanto, credendo di conchiudere un concordato, avrebbe in realtà concesso una remissione isolata.

Per esprimere in una formola, avente una certa esattezza scientifica, questo concetto, che ha grandissima importanza pratica, specialmente quanto alla revoca dell'accettazione, oserei dire che nell'accettazione d'un concordato stragiudiziale fra assenti si possono distinguere due momenti. Il primo è l'accettazione individuale, quella che il Rocco, con felicissima intuizione, chiama *accettazione di massima*, e che io chiamerei *promessa di accettazione*. Il secondo risulta dalla coincidenza e dal complesso di tutte le accettazioni di massima, ed è la vera accettazione, quella collettiva e definitiva, in cui si concreta la conclusione del concordato amichevole stragiudiziale.

C) **La perfezione.**

113. I due elementi che ho studiato separatamente fin qui, cioè la proposta e l'accettazione, dànno, quando coincidono, la conclusione o meglio la perfezione del contratto. Questa dunque ha luogo nel concordato stragiudiziale secondo le norme generali, delle quali un'elegante e quasi completa applicazione al concordato stesso è stata fatta dal Rocco (1), e così genialmente, che credo di potermi limitare a riassumerla.

Opportunamente il Rocco distingue secondo che il concordato stragiudiziale abbia luogo fra assenti o meno. Posta questa distinzione, il cui esame più minuto appartiene alla questione della forma del contratto stesso, il Rocco trova che nel primo caso il concordato si perfeziona nel luogo e momento in cui i creditori, raccolti insieme, deliberano l'accettazione: nel secondo, si perfeziona nel momento in cui giunge a notizia del proponente l'accettazione, intesa questa in quel senso di accettazione collettiva, al quale ho

(1) Rocco, op. cit., pag. 227-229, n. 101.

accennato nel numero precedente. Distinzione questa che mi pare anche accettata, ma non molto chiaramente, dal Rocco stesso (1).

114. Finchè un contratto non è perfetto, finchè cioè l'accettazione non sia giunta a notizia del proponente, a norma dell'articolo 36 Cod. comm., proposta ed accettazione possono essere revocate.

Questo il principio generale.

Potrà esso accogliersi senza restrizione di sorta per quel che si riferisce al concordato amichevole stragiudiziale? Se ad esempio il creditore, dopo la sua accettazione di massima, intendesse revocarla, prima che giunga a notizia sua e del debitore proponente l'accettazione definitiva, cioè il complesso delle accettazioni degli altri creditori assenzienti, lo potrebbe validamente?

La Corte d'appello di Parigi, con sentenza del 28 febbraio 1891 (*Journal des faillites*, 1892, 295), citata anche dal Rocco, ritiene che no, in base ai seguenti argomenti:

« Inutilmente (il creditore che volesse revocare la sua « accettazione di massima prima che il contratto sia per« fetto) allegherebbe che l'atto al quale ha partecipato è « rimasto allo stato di semplice progetto, per non essere « stato sottoscritto da tutti i creditori, o che fu ottenuto « dietro indicazioni false o dopo il pagamento di altri cre« ditori a danno della massa, quando egli stesso è stato « completamente al corrente della situazione del debitore « ed è intervenuto nel modo più attivo alla preparazione « del concordato... Pertanto: è irricevibile la domanda di « dichiarazione di fallimento del creditore, ecc. ».

E il Rocco così commenta: « Questa decisione è giusta, giacchè non è il fatto di essere stato sottoscritto da tutti o da una sola parte dei creditori quello che decide della perfezione del contratto, ma la sua idoneità a far cessare

---

(1) Rocco: « Bisogna distinguere l'accettazione di massima, che è una semplice adesione a formolare la proposta, dalla accettazione definitiva, che, giunta a notizia del proponente, perfeziona il contratto » (pag. 228).

lo stato di fallimento. L'annullamento poi per vizî di consenso non può essere dato, quando il creditore conosceva le cause ch'egli pretende abbiano viziata la sua volontà » (1).

A convalidare questa opinione si potrebbe anche osservare che la serietà necessaria in questo speciale accordo così delicato e complesso, non sembra consentire quella facoltà al creditore; che inoltre la sua accettazione di massima, formando il naturale presupposto delle posteriori accettazioni individuali, è impossibile a revocarsi e che pertanto il creditore che l'ha pronunciata è tenuto a mantenerla.

115. Riconosco volentieri la gravità di queste considerazioni e tuttavia sono convinto che il creditore, dopo avere accettato in massima la proposta d'un concordato stragiudiziale, possa benissimo revocarla, e magari chiedere senz'altro il fallimento del debitore, prima che il concordato stesso sia perfetto. In verità, mi pare che abbia torto la Corte d'appello di Parigi di affermare che esso creditore non potrebbe allegare « che l'atto al quale ha partecipato « sia rimasto allo stato di semplice progetto, o che fu « ottenuto dietro indicazioni false, ecc..... perchè..... ecc. ». Io credo che il creditore, in questo caso, non abbia proprio bisogno di allegare nulla. Egli revoca, e basta. Si allegano le ragioni della risoluzione o dell'adempimento, non della revoca. E il Rocco, che ha capito questo, studia questo caso come una figura di annullamento e giustamente osserva che l'annullamento per vizî del consenso non si dà al contraente che conosceva il vizio medesimo. E sia: ma qui non si tratta di annullamento; si tratta proprio di revoca, che è tutt'altra cosa. L'articolo 36 Cod. comm., ch'è il solo a cui si possa ricorrere, giacchè si tratta d'un contratto bilaterale, non restringe al caso dei vizî del consenso la possibilità della revoca (la quale restrizione, d'altronde, sarebbe inconcepibile, perchè, ripeto, si *revoca* una volontà *perfetta*, mentre una volontà *viziata* si *annulla*), ma afferma in generale,

(1) Rocco, op. cit., pag. 229.

(al. 3°): « Fino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono revocabili ». Una restrizione a questo principio così generale non potrebbe essere data che dalla legge. E, poichè la legge, non parlando mai del concordato stragiudiziale, non contiene nemmeno questa disposizione restrittiva, così non può crearla l'interprete. Vuol dire che, se ne sarà il caso, si applicherà l'altra parte della stessa disposizione generale contenuta nel citato al. 3°: « Sebbene la rivocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopo che questa ne ha impresa l'esecuzione, il rivocante è tenuto al risarcimento dei danni ».

L'argomento poi che l'accettazione individuale forma il naturale presupposto delle accettazioni successive, è in realtà un'arma a doppio taglio. Pertanto, essa accettazione di massima appare a sua volta in certo modo come una proposta del creditore diretta ai creditori successivi; e come proposta potrà essere *a fortiori* revocata, finchè il contratto non sia perfetto.

116. La dottrina è quasi unanime nel ritenere che pel concordato amichevole stragiudiziale non si richieda necessariamente la forma scritta. Una sola voce si leva a sostenere il contrario, ed è quella del Cavo (1), il quale, partendo dal concetto che il concordato è una transazione, richiede anche per esso la forma scritta, a norma dell'art. 1314, n. 7, del Codice civile. Ma il Rocco invece acutamente dimostra come anche per le transazioni in genere valga, in materia commerciale, la deroga all'art. 14 citato stabilita nell'art. 44 Cod. comm.

A mio avviso, come l'affermazione del Cavo è inesatta, così la geniale dimostrazione del Rocco è superflua. Che le transazioni commerciali possano o meno esser governate esse pure dall'art. 44 Cod. comm. è questione elegante, ma completamente estranea al concordato stragiudiziale, il quale, contrariamente a quanto il Rocco afferma, e in conformità di quanto ho lungamente dimostrato a suo tempo,

(1) Cavo, loc. cit., pag. 342.

non ha nulla di comune colle transazioni, o, quanto meno, presenta con esse analogie così vaghe, che non consentono certo di applicargli nessuna delle regole che son proprie di quelle (1).

117. In sostanza, poichè il concordato stragiudiziale, pur essendo un contratto *sui generis*, è pur sempre un'obbligazione commerciale, così dev'essere governato dai principî generali in materia commerciale, vale a dire dall'art. 44; e per esigere per la sua conclusione la forma scritta ci vorrebbe un'espressa disposizione legislativa, la quale derogasse al principio generale, contenuto in quell'articolo. Ma una disposizione di questo genere, per quel che riguarda ilconcordato stragiudiziale, non c'è nè può esserci, perchè, come è risaputo, nessuna disposizione legislativa si occupa mai di quest'istituto. Nè tale disposizione potrebbe desumersi per analogia dagli art. 832 e segg. Cod. comm., regolanti le formalità necessarie pel concordato giudiziale, perchè è sempre inesatto, e spesso pericoloso desumere dalle norme proprie del fallimento la regolamentazione giuridica d'un istituto, che non soltanto si svolge all'infuori del fallimento, ma è creato dalle parti per sottrarvisi interamente.

Pertanto allo stato attuale della nostra legge, essendo il concordato amichevole stragiudiziale completamente abbandonato alla volontà delle parti, non è possibile restringere questa completa libertà, imponendo loro la rigidità della forma scritta, la quale in qualche caso, per questa stessa rigidità, potrebb'essere d'ostacolo a certe convenzioni pieghevoli ed elastiche tutte proprie del concordato amichevole. Anche qui è il caso di ripetere che certe restrizioni, quand'anche avessero un fondamento di buon diritto, non possono essere create dall'interprete, quando non le ha volute il legislatore.

118. Due sistemi, ugualmente frequenti, sogliono usarsi per la conclusione del concordato stragiudiziale; e il debitore, da cui generalmente parte l'iniziativa colla proposta,

(1) Cfr. cap. III, n. 39 e segg.

si appiglia di preferenza all'uno od all'altro, a seconda, oltrechè della materiale possibilità, anche delle opportunità e convenienze. In verità, dal convegno di tutti i creditori in un luogo, dalla loro facoltà di discutere ed esaminare tutti insieme, anzichè separatamente, la proposta di concordato, l'accettazione risulta talvolta più ovvia, tal'altra più difficile, a seconda delle condizioni e, in certi casi, a seconda dei caratteri e degli umori. Ond'è che qualche volta il debitore si appiglia al sistema della convocazione di tutti i creditori o di alcuni in un medesimo luogo, con sistema analogo a quello dell'art. 832 Cod. comm. pel concordato di fallimento; in altri casi, invece, va intorno o manda intorno un suo rappresentante, cercando di raccogliere successivamente quante più adesioni gli sia possibile. Comunque, quando il concordato è conchiuso, le parti sogliono ricorrere alla forma scritta. Così quel che non sono costretti a fare per legge, lo fanno, nella maggior parte dei casi, di loro elezione, per prudenza. La stessa elasticità e delicatezza del concordato stragiudiziale ve li consiglia, in quanto è un'esca alle frodi; e che le frodi in genere siano molto frequenti in questa materia è un fatto che ho dovuto riconoscere io stesso. Pertanto i creditori, che sono i veri arbitri della situazione, impongono la forma scritta, ottima misura di prevenzione, arma di prova veramente ottima pel caso di risoluzione o di annullamento o in genere per qualunque altra eventualità. Il debitore, a sua volta, quando non nutra intenzioni inconfessabili di frodi e di inganni, ottiene tali vantaggi dal concordato stragiudiziale, che a lui, più che ai creditori, deve premere di non lasciarsene sfuggire l'adempimento; quindi, specialmente quando si tratti di crediti d'un certo valore, addiverrà di buon grado alla forma scritta.

In questo modo la pratica, più svelta ed elastica, supplisce quasi sempre alla mancata costrizione da parte della legge. La quale, nel tacere sempre ed ostinatamente di questo contratto, non ha sempre ragione. L'averlo lasciato in completa balìa delle parti, come ultima conseguenza del principio che prima del fallimento la legge non ha diritto d'intervenire nei rapporti che intercedono fra il commerciante ed i suoi creditori, rapporti d'indole essenzialmente

privata, se, nella maggior parte dei casi, si rivela come ottimo consiglio, talvolta pare un sistema ostinato ed assurdo. A questo proposito, poi, è addirittura pericoloso. Il legislatore dell'avvenire farà bene a ricordarsi che esiste un contratto, praticato con incredibile frequenza, che si chiama concordato amichevole stragiudiziale. Senza pretendere di regolarlo in guisa da togliergli la sua caratteristica fondamentale di stragiudiziale e di amichevole, non potrà però, come ha fatto fin qui, dimostrare di ignorarne l'esistenza. E, per esempio, farà molto bene a stabilire che se il commerciante oberato addiviene coi suoi creditori ad un componimento per evitare il fallimento, questo componimento dovrà risultare per iscritto (1).

119. Stimo superfluo avvertire che il concordato stragiudiziale, a differenza dell'obbligatorio, non ha bisogno di omologazione del tribunale. Le ragioni di questa differenza le ho già svolte nel primo capitolo (n. 5 e segg.). Mi interessa invece di riferire una sentenza della Corte d'appello di Genova (30 giugno 1891), la quale contiene un'applicazione molto giusta, ma altrettanto curiosa, di questo principio:

« Pendente il giudizio sulla domanda di revoca della « sentenza dichiarativa del fallimento, si concluse, sulla base « della relazione già presentata dal curatore, un concor- « dato, di cui F. (debitore) chiese l'omologazione, che il « tribunale di Sarzana concesse. La Corte osserva che nella « privata scrittura 26 marzo (il concordato in questione) « non si può riscontrare nè l'accordo accennato all'art. 825 « Cod. comm. (moratoria), che vi avrebbe riscontrato il tri- « bunale, nè il concordato (di fallimento), ai sensi dei suc- « cessivi articoli 830, 831 e segg., che vorrebbe riscontrarvi « l'F. Di vero l'accordo fra debitore e creditori, nei termini « del precitato art. 825, è dalla legge riconosciuto quando « il debitore si trovi nello stato di moratoria. Ma quando, « come nel caso, questo stato non sussiste, la legge non

(1) Cfr. cap. IX n. 173 (II).

« riconosce che concordato stragiudiziale tra il fallito (1) e « i suoi creditori, se tutti vi consentono (2), ovvero concor- « dato giudiziale, nel caso di dissenso, purchè questo con- « cordato sia fatto nei modi e termini voluti dai precitati « art. 831 e segg. dello stesso Codice di commercio.

« Ora, siccome nella menzionata convenzione del 26 « marzo non si ha nè la figura giuridica dell'accordo rego- « lato dall'art. 825, nè il concordato disciplinato dai suc- « cessivi articoli 831 e segg., e pel quale soltanto occorre « la debita omologazione, così è manifesto che il tribunale « di Sarzana non solo avrebbe fatto un'erronea applica- « zione dell'art. 825, omologando la convenzione del 26 « marzo, con che gli assenzienti, in detta convenzione, si « sottoponessero agli obblighi loro imposti da detto arti- « colo verso i creditori dissenzienti; ma neanche avrebbe « dovuto provvedere al riguardo, perchè appunto non si « verificavano i casi speciali, in cui può parlarsi di omo- « logazione, cioè l'accordo in istato di moratoria, ovvero « il concordato..... » (3).

120. Strettamente connessa a quella della forma è la questione della prova; tanto strettamente, anzi, che, come bene osserva il Rocco (4), in certi casi, e precisamente quando una certa forma è richiesta *ad sollemnitatem*, cioè

---

(1) È chiaro che la Corte d'Appello di Genova fa qui una confusione terribile tra le varie forme di concordato: qui infatti essa parla di accordo intervenuto fra il fallito e i suoi creditori, mentre è evidente l'intenzione sua di considerare, in questo accordo del 26 marzo, il debitore F. come non ancora fallito, chè altrimenti avrebbe torto a negare a questo accordo la figura di concordato giudiziale.

(2) D'altra parte, ammesso che ci fosse già fallimento, la distinzione che fa la Corte tra concordato giudiziale o stragiudiziale, a seconda che alcuno soltanto dei creditori, ovvero tutti indistintamente vi abbiano aderito, è inesattissima. Concordato stragiudiziale di fallimento è inconcepibile: la Corte ha confuso il concordato amichevole di fallimento, di cui si occupa l'art. 830 Cod. comm., col concordato stragiudiziale; è ben vero che per quello si richiede il consenso di tutti i creditori, ma si richiede anche l'omologazione; quindi è giudiziale. Del resto tutto ciò prova come la materia dei concordati sia ancora imbrogliata e confusa nella mente dei più.

(3) *Temi gen.*, 1891, 554.

(4) Rocco, op. cit., pag. 227

è essenziale per l'esistenza del contratto, la questione della prova rimane assorbita. Qui non è il caso, perchè, come ho detto, non è richiesta dalla legge una forma speciale pel concordato stragiudiziale. La questione della prova di questo contratto trova qui pertanto il suo opportuno svolgimento, indipendentemente da quella della forma. Del resto, in sostanza, tutto si riduce a stabilire se il concordato amichevole stragiudiziale possa esser provato per testimoni.

121. Il Salvia ha svolto ampiamente questa questione in un autorevole articolo (1), del quale ho già avuto occasione di occuparmi largamente a proposito dell'unicità contrattuale del concordato amichevole stragiudiziale (2). Posto che questo non sia un contratto unico, ma un complesso di contratti simili, ma separati e distinti, il Salvia acutamente sostiene che questi contratti singoli si potranno o no provare per testimoni, secondochè si potevano o meno provare allo stesso modo i precedenti contratti, di cui le convenzioni che costituiscono il concordato non sono che modificazioni, a norma degli art. 1341 Cod. civ. e 44 Cod. comm., opportunamente combinati.

Questa dottrina, che nessun autore posteriore aveva creduto di potere accettare, sebbene la si criticasse troppo in fretta, è stata sottoposta dal Rocco ad un attentissimo esame (e veramente lo meritava per la novità e genialità sua, indipendentemente dall'esattezza), esame che si risolve in una critica acuta e vivace. Rimando senz'altro a questa critica, colla quale mi sembra proprio che si sia detta l'ultima e più autorevole parola sulla questione (3).

122. Ma, dal canto mio, osservo che non c'era nemmen bisogno di quest'elaborata confutazione. La dottrina del Salvia, per quanto elegante e geniale, è condannata all'inesattezza dalla sua stessa premessa fondamentale.

---

(1) Salvia *Sull'ammissibilità*, ecc., nel *Filangieri*. anno 1885, pag. 685.
(2) Cfr. cap. II, n. 21 e segg.
(3) Rocco, op. cit., pag. 229 e segg.

*

L'A., come ho detto, parte dalla concezione della pluralità dei contratti nel concordato stragiudiziale. Ora, io ho dimostrato, spero, fino all'evidenza, che il concordato, anche stragiudiziale, è un contratto unico. Come tale, non è ammissibile che parte delle obbligazioni che ne risultano possano esser provate per testimoni, e parte no. O tutte, o nessuna. Ma nessuna disposizione di legge, riferentesi in particolar modo all'istituto in questione, ci autorizza a derogare alla norma generalissima contenuta nell'art. 44 Cod. comm., secondo cui le obbligazioni commerciali possono sempre esser provate per testimoni. Una restrizione di questo genere sarebbe quindi assolutamente arbitraria.

TITOLO IV.

IL CONTRATTO PERFETTO

CAPITOLO VIII.

Gli effetti.

SOMMARIO. — 123. Primo effetto, d'indole generale — Il c. a. s. evita il fallimento. — Effetti particolari: distinzioni. — 124. *A)* Effetti che riguardano il debitore principale — 124 *bis* Teoria secondo cui il concordato lascia un'obbligazione naturale a carico del debitore concordatario. — 125. La questione delle obbligazioni naturali nel diritto civile moderno. Il GABBA, il RICCI ed il GIORGI ne contestano l'esistenza. — 126. L'affermano il LOMONACO, il CHIRONI... — 127 ...e, con molti altri autori... — 128. ...il ROCCO. — 129. Secondo me, hanno piuttosto ragione il GABBA, il RICCI ed il GIORGI. — 130. Prime obiezioni contro l'obbligazione naturale del debitore concordatario. — 131. Osservazioni e critiche del DE-CRESCENZIO. — 132. Nuove affermazioni del GUARIGLIA e nuova teoria del ROCCO. — 133. Confutazione — Unilateralità di questa teoria, relativa solo al concordato remissorio. — 134. La volontà dei contraenti non dimostra che si voglia lasciare un'obbligazione anche naturale a carico del debitore concordatario. — 135. Continuazione. — 136. L'aspetto puramente teorico della questione è una riprova dell'opinione negativa. — 137. Questo concetto è vero *a fortiori* pel c. a. s. — 138. *B)* Effetti del c. a. s. nei rapporti dei creditori fra di loro — 139. *C)* Effetti relativi ai coobbligati e ai fideiussori delle obbligazioni modificate dal c. — 140. La dottrina prevalente argomenta dai concetti di remissione e di novazione la liberazione dei fideiussori in seguito al concordato. — 141. Critiche del ROCCO. Dovrebbe applicarsi per analogia l'art. 792 cod. comm. — 142. Confutazione del ROCCO a parecchie obiezioni ch'egli prevede alla sua dottrina. — 143. Confutazione della teorica del ROCCO. — 144. Nè l'art. 792 cod. comm., nè gli art. 1281 e 1282 cod. civ. — 145. I fideiussori sono liberati per la rinuncia ch'è contenuta nell'adesione dei creditori al c. a. s. — 146. Continuazione e conclusione. — 146 *bis*. Se sia applicabile, nel concordato stragiudiziale contenente remissione, la riserva di che all'art. 1281 anche in rapporto ai fideiussori.

123. Il primo effetto del concordato amichevole stragiudiziale si è quello di toglier di mezzo l'insolvenza e quindi d'impedire il fallimento del debitore, almeno in relazione alle obbligazioni che nel concordato stesso ven-

gono ad esser ridotte e in relazione al momento in cui si addiviene al componimento amichevole. Non si può attribuire al concordato stragiudiziale un'efficacia definitiva, per tutto il tempo in cui il commerciante oberato eserciterà ancora il commercio. Il passato non ha niente a che fare con l'avvenire; in questo l'insolvenza potrà benissimo verificarsi nuovamente: in tal caso il commerciante fallirà ovvero addiverrà ad un altro concordato stragiudiziale, che non ha pertanto nulla a che fare col primo, già conchiuso, eseguito e consumato in tutti i suoi effetti.

Ho detto che l'eliminazione del fallimento è il primo effetto del concordato stragiudiziale, e devo aggiungere che non solo, come tale, è l'effetto più diretto ed importante, ma anche è un effetto generale ed immancabile. Immancabile perchè è nella natura stessa del concordato stragiudiziale di porre fine all'insolvenza; presupponendo lo stato di fallimento, questo contratto, secondo la definizione che ne ho data (cfr. n. 103) mira ad impedirne la dichiarazione, e può dirsi riuscito soltanto se raggiunge questo scopo. Generale poi, perchè in quest'effetto, espresso così in formola generalissima, si comprendono e compendiano gli effetti speciali che riguardano tutti i contraenti ed anche coloro i quali, pur non avendo partecipato alla formazione del concordato stragiudiziale, vi sono tuttavia interessati, vale a dire i coobbligati e i fideiussori del debitore principale.

124. *A)* Incomincio dagli effetti che riguardano il debitore principale.

Questi effetti non sono facilmente determinabili *a priori* e variano di molto a seconda del contenuto del concordato, in quanto apporta modificazioni di precedenti rapporti obbligatorii. A ogni modo è sempre contenuta nel concordato stragiudiziale o una dilazione o una liberazione parziale dall'obbligo di pagare i proprî debiti. Quale sia il vincolo contrattuale, da cui deriva questa dilazione o liberazione parziale, è questione tutta teorica. Il Rocco, respingendo a ragione il concetto della remissione, tende a vederci un *pactum de non petendo* da parte del creditore assen-

ziente. Ma io non so quanto questa costruzione possa ritenersi esatta. Secondo me ***non è che il creditore,*** convenendo una percentuale, poniamo, del 25 %, ***si impegni*** semplicemente ***a non richiedere il*** residuo 75 %; a mio avviso con questa convenzione stragiudiziale il creditore ***riduce*** senz'altro il suo credito al 25 % della somma originaria, di modo che, quando quel 25 % gli sia pagato, egli deve ritenersi non solo tacitato, ma soddisfatto. In sostanza non soltanto il suo credito originario non può più esser fatto valere in giudizio, ma, secondo me, scompare senz'altro per la parte rimessa. Il creditore insomma, consentendo liberamente ad un concordato, giudiziale o stragiudiziale, portante una remissione parziale del credito suo, lo sopprime senz'altro pel residuo con lo scopo ben determinato di salvarne una parte. Questo concetto, che, secondo me, è inseparabile dallanatura stessa del concordato, ha una grande importanza teorica, in quanto serve a risolvere una questione delicatissima; la questione se rimanga dopo il concordato (giudiziale o stragiudiziale) un'obbligazione naturale a carico del debitore concordatario per la parte di debito rimessagli nel concordato stesso. Dalla soluzione di questa questione derivano poi alcune conseguenze pratiche notevolissime, cui avrò occasione di accennare più avanti. Intanto, e prima di tutto, l'esame attento di questa grave questione.

124*bis*. Il dubbio se il concordato lasci a carico del debitore un'obbligazione naturale potrà parere molto audace, dacchè tutti gli autori, che ebbero ad occuparsi del concordato, hanno sempre affermato l'esistenza di quest'obbligazione naturale. Ultimo il Rocco, colla genialità che gli è propria, ha dimostrato questa tesi, per quanto era possibile dimostrarla. Tuttavia, quando si pensi che ferve in diritto civile la disputa più generale se debba ancora ammettersi nel nostro diritto moderno l'esistenza di obbligazioni naturali; quando si pensi che, di fronte alla gran maggioranza degli scrittori che le ammettono, ve ne sono in minor numero, ma autorevolissimi, che non vogliono sentirne parlare, il dubbio non parrà più così audace e la necessità

di proporsi tale quesito, per chi studia il concordato, risulterà naturale ed evidente: altrimenti si correrebbe il rischio di attribuire al debitore concordatario un'obbligazione, la quale non esiste nel nostro diritto.

Così è che, mio malgrado, mi vedo trascinato nella questione generale.

125. Tre autori insigni, in Italia, hanno negato recisamente l'esistenza delle obbligazioni naturali. Primo fra tutti il Gabba (1), osservando che, sebbene l'art. 1237 (2) Cod. civ., parli in termini generalissimi di obbligazioni naturali, in realtà non si trova, in tutto il Codice, alcun esempio delle medesime. La categoria delle obbligazioni naturali sarebbe stata erroneamente trapiantata dal diritto romano nel diritto moderno. Là aveva il suo fondamento nell'equità, la quale determinava la graduale formazione d'un *jus naturale* di fronte alle rigide forme del *jus civile*. Qui, invece, non ha più alcun fondamento, perchè il nostro diritto non ha altra fonte che la ragione e la natura delle cose; ond'è che, presso di noi, il diritto naturale ed il civile si confondono, e non può ammettersi un'obbligazione naturale in chi è prosciolto da quella civile.

Il Ricci (3) parte dalla stessa considerazione: che cioè l'obbligazione naturale, essendo una conquista dell'equità sul diritto civile assoluto dei romani, è superflua nel diritto odierno. D'altronde, osserva il Ricci, l'unica conseguenza seria che possa annettersi alla concezione di queste obbligazioni naturali, quali le vorrebbe la dottrina prevalente, si è la *soluti retentio* per chi ha creduto di pagare per un debito di coscienza, cui non poteva esser costretto civilmente a soddisfare. Ma questa conseguenza sta anche per

---

(1) Gabba, *Teoria della retroattività della legge*. 2ª ed., volume IV, pagg. 11-12.

(2) Ecco il testo di quest'importantissimo articolo: « Ogni pagamento presuppone un debito. Ciò ch'è pagato senz'essere dovuto, è « ripetibile.

« La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali « che si sono volontariamente soddisfatte ».

(3) Ricci, *Corso di dir. civ.*. 2ª ediz., vol. VII, pag. 7.

i debiti di coscienza veri e proprî, e si fonda sul principio che sarebbe immoralissimo che il legislatore accordasse al debitore il diritto di insorgere contro il proprio fatto distruggendolo nei suoi effetti e nelle sue conseguenze. « Tale e « non altro essendo il motivo della disposizione contenuta « nell'art. 1237 *(soluti retentio)* è chiaro che il legislatore, « parlando nel detto articolo di obbligazioni naturali, ***ha « inteso parlare di qualsiasi obbligo di coscienza, non « già dell'obbligazione naturale del diritto romano,*** « che teneva il posto fra il mero vincolo di coscienza e « l'obbligazione civile ».

Conferma e svolge molto ampiamente questa dottrina del Ricci il Giorgi (1), negando esso pure l'esistenza d'una obbligazione naturale, nel senso romano della parola, cioè come *quid medium* fra l'obbligazione civile ed il debito di coscienza. E fra i debiti di coscienza (ch'egli ammette come unica categoria di fronte alle vere obbligazioni civili) egli distingue due specie di obbligazioni, secondo che sieno o no invise alla legge. Se non sono invise, il loro soddisfacimento produce la *soluti retentio*, e sono le così dette obbligazioni naturali dell'art. 1237. Se sieno poi invise alla legge, è questione di fatto che spetta al giudice determinare.

126. Di fronte a questi tre insigni autori troviamo una vera schiera di dottori, che sostengono un'opinione perfettamente contraria.

Da tre fonti (secondo il Lomonaco) (2), derivavano in diritto romano le obbligazioni naturali: o nascevano come temperamento d'equità alle rigide forme del *jus civile;* o nascevano da obbligazioni infirmate da eccezioni *in odium creditoris;* o, finalmente, *ex causa pietatis.* Ora, mentre obbligazioni della prima e seconda categoria non esistono più, ne esisterebbero ancora di quelle della terza (es: art. 147 Cod. civ. it.). Il torto del Ricci e del Gabba sarebbe di aver considerata solo la prima categoria, e non le altre due. Pertanto obbligazioni naturali ci sarebbero anche nel nostro

---

(1) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni.* vol. I, pag. 66.
(2) Lomonaco, *Obbligazioni e contratti in generale.* Napoli 1887.

diritto, sebbene in minor numero e con effetti più limitati. Ed in questa estensione starebbe tutta la differenza fra il diritto nostro ed il romano. Dunque non due, ma tre categorie di obbligazioni: civili, naturali e morali, precisamente come in quel diritto (1).

Il CHIRONI, esaminando di volo la questione, si decide egli pure nello stesso senso. « Si afferma risolversi l'obbligazione naturale in un obbligo di coscienza, e tuttochè qualche autore confonda i due termini, la confusione non è meno contraria alla legge. Che il debitore d'un'obbligazione naturale stimi, nell'adempierla, quando non vi può essere civilmente astretto, di compiere un dovere di coscienza, sia pure; ma, giuridicamente, nell'obbligazione naturale vi ha qualche cosa di più di quanto non si abbia nel dovere semplicemente morale. Vi sono cioè elementi accennanti all'esistenza d'un rapporto obbligatorio, sebbene rimasto in grado imperfetto, o che, perfetto nell'origine, è poi venuto meno per cause ordinate dal diritto civile nell'interesse pubblico, indipendentemente dall'esecuzione cui il debitore era astretto » (2).

In verità l'illustre autore non mi sembra dir niente di nuovo. Egli non fa che ripetere con nuove parole il solito concetto dell'obbligazione naturale come *quid medium* fra la civile e la morale.

127. Questa stessa opinione, oltrechè dal PACIFICI-MAZZONI (3), fu sostenuta dal GIANTURCO (4), dal DE-CRESCENZIO (5), dal MOSCATO (6), dal BORSARI (7), e, più largamente e profondamente di tutti, dal POLACCO (8), il quale osserva (riassumo):

---

(1) Cass. Roma, 13 novembre 1883, nel *Filangieri*, anno IX, parte 2ª, pag. 328; LAURENT, XVII, 6.

(2) CHIRONI, *Questioni di diritto civile*. Torino, 1890, pag. 128-129.

(3) PACIFICI-MAZZONI, *Istituz.*. vol. IV, pag. 6-7.

(4) GIANTURCO, *Sistema di diritto civile*.

(5) DE-CRESCENZIO, *Obbligaz.*, *nell'Enc. giur.*. vol. XII, parte prima.

(6) MOSCATO, *Le obbligazioni naturali*, 1897, pag. 19.

(7) BORSARI, *Comm.*. vol. III, p. II, art. 1097, pag. 163.

(8) POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile ital.*. Verona, Drucker, 1898, n. 22 e segg.

1° Non si deve mai ammettere che il legislatore dica cose inutili, accenni ad istituti che in realtà non esistono, ovvero adoperi per significare un dato concetto espressioni proprie d'un concetto diverso, mentre nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello che risulta dal significato delle parole;

2° È bensì vero che, a differenza del sistema romano (in cui un diritto è intanto munito di azione, in quanto quest'azione gli fosse stata accordata espressamente), oggidì ad ogni diritto deve considerarsi connaturata l'azione, che appare come il diritto stesso esercitato in giudizio. Ma non è detto per questo che un rapporto giuridico cessi d'esistere come tale, solo perchè la legge lo priva di questa esperibilità: dei mezzi di protezione, certamente più languidi, potranno restargliene ancora; e fra questi, capitale, l'eccezione della *soluti retentio*;

3° Se è vero, in massima, che oggi è cessato il dualismo fra il rigido diritto civile e l'equità o diritto naturale, ciò non conduce tuttavia a negare l'esistenza attuale delle obbligazioni naturali, potendo darsi che, perciò appunto che il legislatore odierno, nel dettare le sue norme, tiene calcolo egli stesso dell'equità, dalle esigenze loro sia stato tratto in qualche caso ad elevare d'un gradino, trasportandoli nella sfera giuridica, sia pure come semplice obbligazioni naturali, dei rapporti che sarebbero rimasti altrimenti nel puro dominio dell'etica; ovvero ad abbassarli d'un gradino, riducendo allo stato di obbligazioni naturali, col toglier loro l'azione, taluni rapporti, che altrimenti si sarebbero dovuti considerare come vere e proprie obbligazioni civili; del quale ultimo procedimento porge esempio il legislatore italiano, conformemente a quello francese, a proposito dei debiti derivanti dal contratto di giuoco e scommessa;

4° Nella sempre crescente varietà dei negozi giuridici, non può escludersi in modo assoluto che possano spuntare dei conflitti, forse nemmeno immaginati dal legislatore, fra i due principî dello stretto diritto e dell'equità, a risolvere i quali soccorra questa figura delle obbligazioni naturali.

128. Cito per ultimo il Rocco, il quale, costretto, nello studio del concordato, a prendere in esame questa questione, dopo averne data un'amplissima bibliografia, specialmente per la dottrina tedesca, conferma, per suo conto, l'opinione della dottrina prevalente: « L'obbligazione naturale, scrive, non deve confondersi coi puri doveri morali o di coscienza; essa esiste come una specie particolare di obbligazione, e precisamente come un'obbligazione civile imperfetta. L'imperfezione sta in ciò, che da questo rapporto giuridico obbligatorio nasce a favore del creditore un diritto privo di azione, mancante cioè di coazione diretta e capace soltanto di coazione indiretta. La forma tipica e principale di coazione indiretta, che contraddistingue l'obbligazione naturale, è la *soluti retentio,* con la quale il creditore d'un'obbligazione naturale, spontaneamente soddisfatta, può respingere l'azione del debitore diretta alla restituzione del già pagato, quando causa del pagamento sia stato appunto il soddisfacimento dell'obbligazione naturale » (1).

129. Non io certo mi sento, in un contrasto fra scrittori così autorevoli, non che di risolvere la questione delicatissima, nemmeno quasi di esporre un mio giudizio personale. Tuttavia mi pare che tanta forza di dialettica sia qui completamente sciupata, in rapporto a quest'argomento. Nel quale, credo, non si può riscontrare nessuna importanza pratica, nemmeno a volerlo. Negano forse, coloro che non ammettono le obbligazioni naturali come categoria a sè di vincoli obbligatorî e preferiscono assimilarle ai doveri morali o di coscienza, negano forse per questi debiti di coscienza, qualora il debitore li soddisfaccia volontariamenle, la *soluti retentio,* quell'effetto cioè che, più chiaramente degli altri, il Rocco dice essere il vero simbolo, quasi il distintivo delle obbligazioni naturali? Niente affatto. Ora poichè nessun altro serio effetto potrebbe oggi esser ragionevolmente attribuito alle obbligazioni naturali (chi voglia anche considerarle

(1) Rocco, op. cit., pag. 189-192.

come una classe intermedia di rapporti obbligatorî fra le obbligazioni civili e quelle naturali), a me pare che, in fondo, tutto si riduca ad una questione di nome, e che, pertanto, sia più logico raccogliere le obbligazioni naturali insieme agli obblighi di coscienza: dire che vi sono, nel nostro moderno diritto, due sole categorie di obbligazioni; le civili, da una parte, perfette; le imperfette, dall'altra (chiamarle naturali o morali è poi questione di nome), il cui unico effetto giuridico sta nella *soluti retentio*.

Per concludere, l'idea del Gabba, del Ricci e del Giorgi, secondo il mio modesto parere, è assai più logica e più semplice che non la dottrina prevalente.

La quale, infatti, si trova, dopo aver sostenuto l'esistenza delle obbligazioni naturali, come *quid medium*, impacciatissima nel fissare un criterio generale, da cui si possa desumere con certezza quand'è che si ha obbligazione naturale, piuttosto che semplice vincolo di coscienza. E, se non cade ad affermare che fonte dell'obbligazione naturale sia la morale, il che è, per altra via, una confusione pericolosa dei due concetti (come fa il Borsari), se non arriva all'enormità di rimettere al magistrato la decisione dei singoli casi, pecca spesso di troppa parzialità, in quanto si affanna sempre a cercare un criterio, il quale, meglio che alla dottrina in genere delle obbligazioni naturali, servirebbe alla speciale applicazione di questa dottrina all'istituto che volta a volta vien preso in esame.

Così è accaduto pel concordato.

130. Il Pacifici-Mazzoni distingue le obbligazioni naturali in due specie: quelle che si fondano in una causa giuridica che per sè sarebbe sufficiente per la loro sanzione, ma che la legge, per motivi di vario ordine, non riconosce come tale (obbligazioni assunte dagli incapaci, obbligazioni di giuoco e scommessa) e quelle che un tempo furono naturali e civili insieme, ma poi divennero inesigibili per estinzione dell'azione (obbligazioni, la cui azione è prescritta a carico del creditore, obbligazioni contro cui milita una presunzione legale, come quella derivante dalla regiudicata). A questa seconda specie apparterrebbe l' obbliga-

zione del fallito concordatario per la parte rimessagli nel concordato (1).

Ma, ammessa anche l'esistenza di obbligazioni naturali, io non so capire come potrebbe l'obbligazione del fallito concordatario essere assimilata alle due precedenti. Ben diversa è, in ambidue questi casi, la ragione, per la quale il creditore non ha più l'azione, da quella del caso in esame. Là, infatti, è una ragione di forza maggiore, indipendente dalla sua volontà (cosa giudicata), ovvero una ragione, la quale, per quanto si connetta all'opera sua, o meglio alla sua inerzia (prescrizione), egli oggi sconfessa, in quanto vorrebbe ottenere quello che non può più conseguire per aver lasciato prescrivere l'azione a suo danno. In ambo i casi è la legge che gli contende il diritto di agire in giudizio. Qui, invece, tutto dipende dalla sua volontà. È lui che ha rimesso, è lui che ha ridotto il suo credito; se ha perduto l'azione, ciò non dipende se non dalla volontà ch'egli ha avuto di perdere il suo diritto, per la parte residua. E quindi, qualunque sia il criterio con cui si voglia giudicare questo caso, assimilarlo agli altri due, come fa il Mazzoni, è sempre inesatto.

131. Il De-Crescenzio, il quale pure, come ho detto poc'anzi, propugna l'esistenza di obbligazioni naturali nel nostro diritto, non crede tale l'obbligazione del fallito concordatario. Ritiene anzi che costui, dopo il concordato, non abbia più verso i creditori obbligazione di sorta. Nel fallimento, egli osserva, compiute tutte le operazioni e distribuito l'attivo fra i creditori, questi conservano le loro ragioni pel residuo, e il fallito non può chiedere di essere cancellato dall'albo dei falliti, se non dopo pagati anche quei residui (art. 816). Si tratta qui dunque di obbligazioni civili, le quali rimangono inalterate. Nel concordato invece le antiche obbligazioni sono novate, cioè estinte, e vi si sostituiscono le nuove, le quali non sono riconosciute dalla legge, se non a patto che il fallito adempia i nuovi obblighi assunti. Quindi o il debitore non adempie a questi nuovi

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, loc. cit., pag. 8-9.

obblighi, ed allora risorgono i diritti antichi dei creditori, muniti di azione (art. 843); o il debitore li adempie, e in allora con quest'esecuzione si sciolgono tutte le antiche obbligazioni, definitivamente. Una riprova dell'efficacia di quest'adempimento, si ha in ciò che l'art. 839 stabilisce che, date certe circostanze, la sentenza d'omologazione ordini anche la cancellazione dall'albo dei falliti del debitore concordatario; lo stesso effetto, che, perdurando lo stato di fallimento, la legge attribuisce al pagamento *integrale* di tutti i debiti. Comunque, in tutte e due le ipotesi prese in esame, non è a parlare d'obbligazione naturale » (1).

È questa una pagina veramente persuasiva per la questione che esamino. A parte che il concordato non importa sempre e necessariamente, come il DE-CRESCENZIO vorrebbe, novazione delle antiche obbligazioni (2), è anche un po' audace l'inferire dal confronto fra gli articoli 816 e 839 l'inesistenza di obbligazioni di qualunque natura dopo l'esecuzione del concordato. Non sempre da effetti uguali si possono desumere cause uguali. La cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti, concessa in ambo i casi esaminati dall'autore, mi par troppo poco per risolvere in qualunque senso un dubbio così grave. E questo indipendentemente dal valore della conclusione, la quale mi sembra esattissima.

Più reciso in questo medesimo senso si mostrò il GIORGI, il quale in una nota ad una sentenza della Corte di Cassazione di Roma, in data 24 febbraio 1891 (3), affermò l'inammissibilità di un'obbligazione naturale a carico del fallito concordatario. Ma anche quest'illustre autore non seppe sostenere questa tesi con validi argomenti. Anch'egli parte dai concetti di novazione e di transazione, entrambi inesatti.

132. Di fronte a questa incertezza nel negare, trovo nei due autori che più largamente si sono occupati del concordato, una grande esattezza nell'affermare. L'uno, il GUARIGLIA, si limita a sostenere: « Il fallito, per effetto del

(1) DE-CRESCENZIO, *Obbligaz.* nell'*Enciclop. Giur.* vol. XII, p. I.
(2) Cfr. cap. III, n, 49.
(3) *Foro Italiano*, 1891, I, 413.

concordato, è liberato di quella porzione dei suoi debiti, che gli hanno rimessa i suoi creditori, ma solo in questo senso, che niuna azione è ad essi accordata per ottenere il pagamento. Tuttavia non può dirsi estinta l'obbligazione del pagamento della parte rimessa; essa sussiste, ma come debito naturale, cui non è accordata alcuna azione in giudizio; esso è abbandonato alla coscienza, alla buona fede del debitore » (1).

L'altro, il Rocco, dopo avere affermato con molti argomenti, insieme al Polacco ed al Crome, l'esistenza in genere delle obbligazioni naturali nel nostro diritto, costruisce, per dimostrare che tale è l'obbligazione del debitore concordatario, una dottrina che, si voglia o no aderirvi, bisogna riconoscere ed ammirare come un capolavoro di finezza e di genialità.

« Certo, egli scrive, un criterio generale, sicuro ed atto a fondare l'obbligazione naturale esclusivamente nel diritto positivo, non è facile a rintracciarsi, nè ci sembra che quelli dati finora soddisfino pienamente. Noi crediamo che occorra distinguere i casi di obbligazione, i quali, secondo la legge, non possono nascere che come obbligazioni naturali, dai casi di obbligazioni che sono nate come obbligazioni civili, ma che, avendo perduto l'azione, rimangono semplici obbligazioni naturali..... (2). Queste ultime non sono che obbligazioni perfette, divenute imperfette per la perdita dell'azione. In questo caso, l'obbligazione essendo già sorta, non è necessario che la legge ne riveli l'esistenza, riconoscendone alcuni effetti; ma basta risulti che ad un'obbligazione perfetta esistente si è tolta l'azione. *Ora producono perdita dell'azione con persistenza dell'obbligazione tutte le così dette cause estintive, che non si risolvono in un soddisfacimento dell'obbligazione.* L'obbligazione si estingue solo quando essa finisce naturalmente il suo ciclo di esistenza; *quando* cioè *è soddisfatta;* ***il che avviene soltanto col pagamento o con quei modi di estinzione che equivalgono al pagamento*** (novazione, compensazione, rimessione a titolo gratuito, confusione). Quando, invece, l'obbli-

(1) Guariglia, op. cit., pag. 267.
(2) Fin qui nulla di nuovo (cfr. n. 130).

gazione è sorta, ma al creditore è vietato di esercitare il suo diritto, non già perchè questo si sia ***consumato,*** ma per l'intervento d'una causa che lo paralizza (prescrizione, ingiusta sentenza passata in giudicato, falso giuramento), l'obbligazione, priva dell'azione, persiste come obbligazione imperfetta o naturale. *Pertanto ogni causa, così detta estintiva dell'obbligazione, che non consista nella consumazione naturale del diritto del creditore, non ha altro effetto che quello di privare il creditore stesso dell'azione, lasciando sussistere l'obbligazione come obbligazione naturale.*

« Ora questo appunto è il caso del concordato. Nel concordato il diritto dei creditori non si consuma, come si consuma invece, in tutti i modi d'estinzione delle obbligazioni, che si risolvono in un pagamento. Nel concordato il creditore non estingue l'obbligazione, ma solo, spinto dalla ncecessità, rinuncia all'azione verso il debitore... Nel concordato il creditore non si dichiara per nulla soddisfatto (!); esso non si spoglia volontariamente dell'oggetto della prestazione, a cui ha diritto, a favore del debitore, che resterebbe così liberato; ma si limita a rinunciare alla azione per ottenere spontaneamente e senza le lungaggini del procedimento esecutivo quello che avrebbe ottenuto esercitando fino all'ultimo l'azione, e, possibilmente, qualche cosa di più. La percentuale promessa nel concordato ci rappresenta ciò che avrebbe dato l'azione. È l'azione dunque, e non il diritto, che il creditore perde col concordato. Ecco perchè le obbligazioni dopo il concordato persistono come obbligazioni naturali ».

133. Questa teoria, di così mirabile genialità, che ho sentito il dovere di riportarla per intero, anzichè di riassumerla, non riesce per altro a convincermi. Indipendentemente da essa si può ancora dubitare se veramente al concordato sopravviva un'obbligazione naturale pel debitore.

Premetto che, a mio avviso, la questione è stata esaminata fin qui in modo unilaterale ed incompleto. Si è preso a studiare il concordato remissorio, come quello da cui l'asserto balzava fuori più chiaro e spontaneo, e, con maggiore o minore sforzo di eleganza dialettica, si è cercato

di provare quello che si affermava. Ma dato pure che al concordato remissorio sopravviva un'obbligazione naturale, non bisogna dimenticare che, sebbene quella sia la forma più comune del concordato, non è per nulla l'unica. Vi sono altre forme, alle quali non si potrebbe mai concepire di poter applicare la dottrina del Rocco. Tale, per esempio, il concordato dilatorio, nel quale il creditore, prolungando solamente le scadenze, pattuisce che il suo credito gli sia pagato integralmente. Qui rimane pel debitore un'obbligazione civile per l'intero suo debito, e non è a parlare di obbligazioni naturali. Se pertanto questa pretesa sopravvivenza di un'obbligazione naturale al concordato non è concepibile che pel concordato remissorio, vuol dire che si connetterebbe non al concordato in genere, ma alla remissione, come contenuto particolare del concordato stesso. Ma la remissione è proprio uno di quei fenomeni giuridici che, secondo la geniale distinzione del Rocco, *consumano* il credito, ed ai quali non può sopravvivere obbligazione di sorta!

134. Comunque, continuando un attento esame della brillante teorica esposta, mi pare che questa non regga ad una critica seria.

Premetto che io non intendo discuterla nella sua parte generale. La distinzione, fatta allo scopo di trovare un criterio scientifico, su cui fondare l'obbligazione naturale, fra cause che consumano il credito e cause che non lo consumano, è certamente molto sottile e profonda. Si potrà forse dubitare dell'esattezza di quel verbo « consumare », si potrà forse giudicarlo un po' troppo tedesco, ma certamente chi guardi ai concetti anzichè alle parole, non potrà non riscontrare nella concezione generale di quella dottrina una precisione ammirabile. Quel ch'io discuto, dunque, non è la teorica stessa, ma la sua applicazione al concordato.

In questo contratto io non vedo soltanto, come vorrebbe il Rocco, una rinuncia all'azione; ci vedo una vera e propria rinuncia al diritto. Se è vero che per giudicare delle conseguenze d'un contratto, la volontà dei contraenti sia l'elemento più importante e prezioso — e in questo caso questo

elemento mi pare l'unico che possa dare la chiave della spinosa questione — io parto dal principio che il creditore, nel caso d'una parziale remissione, intenda proprio rinunciare al residuo. Egli sa che non potrà più conseguire il soddisfacimento integrale; sa che l'obbligazione a suo riguardo non potrà più essere adempita completamente. Che fa egli, allora? Per evitare spese, per tutte le ragioni già esaminate e ripetute le mille volte, egli semplifica le difficoltà, riducendo il suo credito. Da 100 egli lo porta a 30. Chi badi alla realtà delle cose, anzichè a disquisizioni puramente teoriche, non potrà disconoscere che, così facendo, il creditore rinuncia al credito e non all'azione. Una riduzione del credito è concepibile; una riduzione dell'azione, no. Il creditore, a mio avviso, si dichiara ed è in realtà soddisfatto, quando quel 30 % gli sia realmente pagato; e non tacitato, ma *soddisfatto*, il che, almeno in teoria, è una cosa molto diversa.

135. Le brillanti osservazioni di illustri proceduristi — come il MORTARA — e di commercialisti insigni — come il ROCCO — intese a provare che possono benissimo immaginarsi dei diritti non muniti di azione, mentre non si può mai concepire un'azione, cui non corrisponda un diritto, potranno avere un grande valore per altri casi, ma non certamente per questo. I creditori, quando acconsentono ad un concordato, non ripetono certo a sè stessi queste eleganti argomentazioni. Essi non conoscono i segreti recessi, le vie nascoste del diritto e della procedura. Per loro il diritto si confonde con l'azione; in tanto sanno di avere un diritto, in quanto credono di poterlo tutelare con un'azione; quando hanno perduto l'azione, sono convinti di non avere più neanche il diritto. Per conseguenza, quando rinunciano all'azione, intendono di rinunciare anche al diritto, ed ogni altra distinzione, almeno per quanto riguarda la loro intenzione volitiva, è arbitraria. D'altra parte, sarebbe irrisorio per loro il conservare un diritto che non può più essere tutelato, se non quando non vi sia più alcun bisogno di questa tutela, l'avere un credito che non può difendersi, se non quando sia esatto, quando cioè il debitore l'abbia volon-

tariamente pagato. Irrisorio ed ingenuo. Ma i creditori, non pratici delle sottili sofisticherie del pensiero giuridico, vedono le cose come sono, e non hanno, per loro buona fortuna, di queste pericolose ingenuità.....

136. D'altra parte, quante volte si presenta in pratica questa questione? Non mai.

E si capisce.

In primo luogo non si verifica quasi mai che il debitore concordatario paghi, dopo il concordato, la parte rimessagli. Ciò avviene molto spesso in quei paesi, in cui la legge disciplina sempre e necessariamente, ovvero per espressa volontà dei contraenti, il pagamento integrale, pel caso di ritorno a miglior fortuna. Ma in questo caso si tratta di obbligazione civile e non naturale. Nella nostra legge, mancando quella disposizione, neanche si verifica quell'ipotesi. I creditori, dunque, non pensano certo a quest'eventualità quando accettano il concordato; non possono quindi fondarvisi per limitare, almeno intenzionalmente, la portata della loro rinuncia. Se avessero tale intenzione la farebbero risultare da un contratto posto in termini ben diversi. Ammessa invece l'ipotesi stessa ne deriva necessariamente la *soluti retentio*, anche senza ricorrere al concetto mal pratico ed incerto delle obbligazioni naturali. Il pagamento volontario della parte rimessa è certamente irripetibile. E ciò non solo per le pretese obbligazioni naturali, ma anche per debiti morali o di coscienza. Torna in campo, da questo punto di vista, la sana interpretazione del Ricci e del Giorgi, intorno all'art. 1237 Cod. civ.

Così, mentre la dottrina è quasi unanime nel ripetere i vecchi concetti romanistici intorno a questi effetti dell'obbligazione naturale, la giurisprudenza, almeno pel concordato, non ha mai trovato il modo di farne applicazione. È questo un fatto, per chi lo voglia comprendere, d'un'eloquenza straordinaria, e basta da solo a provare come, anche ammesse le obbligazioni naturali, è perfettamente inutile ingombrare quest'incerta e fluttuante categoria di vincoli obbligatorii d'un caso pratico, in cui la volontà dei contraenti si palesa fino all'evidenza incompatibile con quell'applicazione.

137. Se tutto ciò è chiaro pel concordato di fallimento, è tanto più chiaro pel concordato stragiudiziale. Là, di fatto, la volontà dei creditori è assai meno libera nei suoi movimenti. La persuade in primo luogo il fallimento già aperto: la spinge molto spesso, per ragionamento o per forza, l'altrui volontà. Qui, invece, il creditore agisce libero, indipendentemente dagli altri creditori; la sua rinuncia, pertanto, appare anche più volontaria; non assolutamente volontaria perchè lo stato di fallimento c'è già, ma certo meno forzata che nel concordato obbligatorio. In questo, se il concordato si fa senza la sua adesione, egli riceve invariabilmente la percentuale concordata; in quello, se il concordato riesce senza il suo consenso, egli conserva il suo credito integrale. La scelta, dunque, è per lui un po' più libera nel concordato stragiudiziale; la rinuncia, per quanto sempre *non gratuita,* non fatta *animo donandi,* è una rinuncia più libera.

Da tutto questo mi sembra di poter dedurre che la persistenza d'un'obbligazione naturale a carico del debitore concordatario, non soltanto apporterebbe in pratica una ben magra illusione, ma è pure, in teoria, un grave errore.

Errore che qui non ha grande importanza pratica, perchè ben di rado questa pretesa obbligazione naturale potrebbe produrre conseguenze pratiche, e precisamente solo nel caso di volontario pagamento del residuo, mentre in questo caso l'irrepetibilità del pagamento deriverebbe in ogni modo da un alto principio di moralità; ma che, tuttavia, è gran ventura l'aver rilevato e sviscerato in tutte le sue conseguenze, perchè spianerà di molto la via allo studio dei rapporti fra i creditori ed il fideiussore, in conseguenza del concordato amichevole stragiudiziale.

138. *B)* Gli effetti che il concordato stragiudiziale produce pei creditori l'uno di fronte all'altro, si riducono tutti ad eventuali conseguenze del principio più volte affermato che il concordato non è soltanto una convenzione dei creditori col debitore comune, ma anche dei creditori fra loro. Si evince che tutti gli effetti che il concordato produce rispetto al debitore comune si ripercuotono o, almeno, inte-

ressano gli altri creditori; ed ancora che il creditore è tenuto a rispettare il concordato, al quale ha liberamente consentito, non solo di fronte al debitore, ma anche di fronte ai creditori concordatari; che costoro, nel caso di una contestazione di qualunque natura, relativa al concordato, fra il debitore ed un creditore, hanno diritto di intervenire per far valere le loro ragioni attuali od eventuali e tutelare validamente in tutti i modi i loro interessi; che la domanda per annullamento o per risoluzione del concordato può farsi non solo in confronto del debitore, ma anche in confronto degli altri creditori concordatari.

Tutto ciò in generale, e indipendentemente dai particolari impegni che i creditori, a seconda del diverso contenuto del concordato, possono aver assunto l'uno di fronte all'altro. Così, se uno dei creditori si fosse assunto di pagare agli altri una determinata percentuale, rilevando egli senz'altro l'azienda del debitore comune; se i vari creditori avessero deciso di costituire una società commerciale di qualunque specie, avente per oggetto l'azienda rilevata o ceduta dal debitore per completa liberazione degli obblighi suoi; in tutti questi casi non è chi non veda quali effetti possa avere il concordato stesso fra i creditori considerati l'uno di fronte all'altro ed indipendentemente dal comune debitore.

139. *C)* Uno degli argomenti più controversi della materia è la condizione dei coobbligati e fideiussori del debitore commerciante in seguito al concordato amichevole stragiudiziale.

Nel concordato di fallimento, potranno forse sorgere delle contestazioni particolari relativamente all'applicazione ed alla portata della disposizione legislativa (1), « ma un indirizzo chiaro e preciso è pur sempre dato dall'art. 792 Cod. comm., secondo il quale i creditori conservano la loro azione per l'intero loro credito contro i coobbligati o i

---

(1) Veramente enorme fu quella della sentenza della Corte d'appello di Milano, in data 15 giugno 1897, che dette luogo a vivacissime discussioni (*Foro ital.*, 1897, I, 1177).

fideiussori del fallito, ancorchè questi abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito » (1). Le ragioni di questa disposizione sono evidenti. Il legislatore ha voluto assicurare ai creditori l'integrità delle loro ragioni contro i coobbligati e fideiussori, perchè se essi creditorî credono possibile e conveniente un accomodamento dei loro interessi col fallito, non c'è ragione che essi debbano perdere per ciò solo i vantaggi d'una garanzia, stabilita apposta pel caso che il debitore principale non possa soddisfare ai suoi impegni, il che si verifica appunto nel fallimento. Anche ha voluto facilitare la conclusione di un concordato in molti casi di fallimento, concordato a cui ben più di rado aderirebbero i creditori, se perdessero per ciò solo ogni ragione contro i coobbligati ed i fideiussori.

Ma se tutto ciò è chiaro pel concordato di fallimento, è insufficiente, pare, ad estendere la disposizione in questione al concordato stragiudiziale. In mancanza, pertanto, di esplicite disposizioni che regolino la condizione dei coobbligati e fideiussori dopo il concordato amichevole stragiudiziale, dovrà ritenersi applicabile per analogia l'art. 792 anche al caso in questione? Ovvero dovrà, per un'altra qualunque ragione, affermarsi che il concordato stragiudiziale concluso col debitore principale non libera i coobbligati e fideiussori, così come non li libera il concordato giudiziale? Ovvero dovrà ritenersi che il concordato stragiudiziale, a differenza di quello obbligatorio, liberi completamente i coobbligati e i fideiussori?

140. La dottrina prevalente in Italia, argomentando dagli articoli 1277, 1281 e 1282 Codice civile, si attiene al secondo criterio. « Non essendo applicabile l'art. 792 del Codice di commercio (scrive il Guariglia) (2) gli effetti dei componimenti amichevoli sulle obbligazioni dei condebitori solidali e dei fideiussori sono quelli indicati dagli art. 1277,

(1) Cfr. Bolaffio, *I compon. privati.* ecc. cit., nella *Temi Veneta*. 1886, pag. 133 e segg., n. 4.
(2) Guariglia, op. cit., pag. 126.

1281 e 1282 del Codice civile (1). Conseguentemente se per effetto della convenzione si è verificata la novazione del debito, i condebitori in solido, che ad essa sono rimasti estranei, ed i fideiussori vengono liberati; ma se il creditore pretese l'adesione di costoro ed essi si rifiutarono, contro di loro sussisterà sempre il credito anteriore.

« Se, invece, fu solo convenuta una remissione di parte del debito, poichè qui, come si è visto, non si verifica la novazione, i condebitori solidali vengono liberati se il creditore non si riservò espressamente i suoi diritti contro di essi. Ma quale sarà la condizione dei fideiussori? L'art. 1282 li dichiara espressamente liberati, nè fa parola della riserva che, secondo l'articolo precedente, il creditore può fare nei rapporti dei condebitori solidali. Nel silenzio della legge puossi adunque decidere che tale facoltà di riserva competa al creditore anche contro il fideiussore? Non pare, sia perchè se il legislatore avesse ciò voluto, lo avrebbe detto esplicitamente, come ha fatfo nell'art. 1281; sia perchè, se il fideiussore non venisse liberato nella stessa misura del debitore principale, la remissione fatta a costui renderebbesi illusoria, quando il fideiussore, compulsato per l'intero, si rivolgesse di rimando contro di lui anche per l'intero; sia infine perchè non può ammettersi che il creditore mediante un patto conchiuso col solo debitore privi il fideiussore dei diritti che la legge gli accorda..... ».

---

(1) Art. 1277. Mediante la novazione fatta tra il creditore ed uno dei debitori in solido, i condebitori restano liberati.

La novazione effettuata relativamente al debitore principale libera i fideiussori.

Nondimeno, se il creditore esige nel primo caso l'adesione dei condebitori, o nel secondo quella dei fideiussori, e i medesimi ricusano di aderire alla nuova convenzione, sussiste il credito anteriore.

Art. 1281. Il creditore, il quale, dichiarando di rimettere il debito a vantaggio d'uno dei condebitori in solido, non vuole liberare tutti gli altri, deve espressamente riservarsi i suoi diritti contro di essi. Ma in tal caso non può ripetere il credito, se non colla detrazione della parte di colui al quale ha fatto la rimessione.

Art. 1282. La remissione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera i fideiussori; quella accordata al fideiussore non libera il debitore principale.

141. Contro questa dottrina, che, oltre all'essere approvata dal LANNI, ha per sè l'autorità del GIORGI (1) e quella del TROPLONG (2), il ROCCO contrappone numerosi argomenti per poi venire ad una teorica tutta sua, la quale fa capo all'applicazione analogica dell'art. 792.

Comincia egli con l'osservare (3) che il concordato non è necessariamente nè una novazione nè una remissione, e che per conseguenza non possono applicarglisi gli articoli 1277, 1281 e 1282, se non in quei casi particolari in cui contenga proprio una novazione o una remissione. D'altra parte, la remissione contenuta nel concordato è certamente, per tutte le considerazioni già note e ripetute, ben diversa dalla remissione vera e propria, disciplinata dal Codice civile. Pertanto dovrebbe piuttosto ricorrersi alle disposizioni regolanti casi simili e materie analoghe. Ora nessun istituto ha maggiori analogie col concordato stragiudiziale che il concordato di fallimento. E quindi, nel silenzio della legge, essendovi l'art. 792, che regola la questione stessa pel concordato di fallimento, questione che è pur sempre di natura commerciale, si dovrà ricorrere a quell'articolo anzichè alle disposizioni del Codice civile, e ciò in omaggio all'articolo 1 del Codice di commercio, che regola in quest'ordine le fonti del diritto commerciale. D'altronde « la condizione giuridica per la quale la legge ha dettato la norma dell'art. 792 pel concordato di fallimento si verifica identicamente pel concordato stragiudiziale ». Infatti tanto nell'uno come nell'altro il credito non si estingue: l'uno e l'altro hanno lo scopo di liquidare al più presto il dividendo, ripartendo la perdita fra i creditori; e pertanto nell'uno come nell'altro si verifica proprio quella condizione di cose, in previsione e per rimedio della quale si è stipulata la garanzia e fissata l'obbligazione solidale. « Far venir meno la garanzia, quando è più necessaria e quando è giunto il momento in vista del quale appunto fu costituita, è il colmo dell'illogicità ».

---

(1) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*. vol. VII, n. 328.
(2) TROPLONG, *Cautionnement*. n. 605.
(3) ROCCO, op. cit., pag. 244 e segg.

142. Dopo ciò il Rocco prende in esame le varie obbiezioni che possono farsi alla sua teorica, e le confuta genialmente a una a una. All'obbiezione che « di fronte alla regola contenuta nell'art. 1281 e segg. del Codice civile, l'art. 792 costituisca una disposizione eccezionale, che non può estendersi oltre i casi in essa tassativamente indicati », egli risponde col dimostrare che « anzi, sono gli art. 1281 e 1282 che costituiscono restrizioni al diritto comune. Essi sono, infatti, semplicemente interpretativi della volontà normale dei contraenti, e quindi, poichè vengono a restringere la libertà delle forme della dichiarazione di volontà e la libertà del giudice nell'interpretare ed apprezzare la volontà dei contraenti, debbono esse considerarsi come eccezionali ed applicarsi quindi restrittivamente ».

All'obbiezione che, venuta meno l'obbligazione principale deve cadere anche quella del fideiussore, non potendosi concepire obbligazione accessoria senza la principale, il Rocco risponde « negando » che l'obbligazione principale venga meno senz'altro. Il diritto di credito rimane pel creditore, anche dopo il concordato (e il Rocco lo ha dimostrato o ha tentato di dimostrarlo nella pagina geniale che ho riportata poco fa) (1): quello che il creditore perde, si è semplicemente l'azione contro il debitore, il quale rimane naturalmente vincolato di fronte a lui. Al creditore, cui rimane il diritto di credito, non può limitarsi la facoltà di farlo valere contro il fideiussore, e ciò perchè nel concordato stragiudiziale la posizione giuridica di queste tre persone non è affatto diversa che nel giudiziale.

Finalmente all'obbiezione che irrisorio sarebbe pel debitore il vantaggio del concordato, giacchè contro di lui il fideiussore potrebbe sempre agire in regresso, a meno che si volesse privarlo di questo diritto, il Rocco risponde che intanto, concordando subito col creditore, il debitore può mettersi in grado di pagare poi il fideiussore (difesa in verità molto tenue) e che ad ogni modo a quest'inconveniente si può ovviare, facendo intervenire anche il fideiussore nel concordato.

(1) Cfr. n. 132.

143. Dissento recisamente da questa dottrina, la quale pur sempre, come tutte quelle del Rocco, si presenta geniale ed armonica. Ma a me pare che la vizî nelle basi il concetto fondamentale a cui si appoggia, quello cioè che sopravviva al concordato un'obbligazione naturale a carico del debitore concordatario. Io ho già dimostrato l'inesattezza di questo concetto. Ho affermato recisamente che il concordato, anche stragiudiziale, anzi specialmente stragiudiziale, estingue senz'altro ogni diritto del creditore, e non soltanto l'azione. Ho osservato che, nel caso più comune, nel caso cioè in cui il concordato si risolve in una remissione, se il creditore abbuona al debitore una certa percentuale, è molto strano il ritenere ch'egli conservi contro la sua volontà, quasi suo malgrado, un diritto al quale ha inteso di rinunciare.

Con tali premesse è naturale ch'io dissenta dalla teorica del Rocco ed affermi che, secondo me, mancando, dopo il concordato, ogni obbligazione pel debitore (obbligazione principale) venga meno senz'altro anche l'obbligazione (accessoria) del fideiussore. D'altra parte, pur ammettendo l'obbligazione naturale del debitore principale, sarebbe pur sempre molto discutibile se ad un'obbligazione di tal fatta possa validamente appoggiarsi un'obbligazione di fideiussione.

144. La dottrina prevalente ritiene che no, ed a ragione. « Dalla persistenza dell' obbligazione naturale (scrive il Bonelli nello studio dell'identico caso) (1) è lecito far deri-

---

(1) Bonelli, *Trattato del fallimento*, vol. II, pag. 661 e nota 7.

Nello stesso senso senso il Mirabelli (*Della fideiussione*, nel volume « *Contratti speciali* », nel *Diritto civile italiano*, parte XII, Napoli, Marghieri, 1894): « Le obbligazioni naturali, essendo civilmente inesistenti, non possono esser materia di fideiussione, mancando un'obbligazione principale valida. Il fideiussore, adempiendola, non avrebbe nè l'azione *mandati*, nè quella *negotiorum gestorum* contro il debitore, nè il subingresso nelle ragioni del creditore, perchè questi nessuna ne ha contro il debitore. La legge non vieta di assumere per altri un'obbligazione, che si reputa per questi naturale, dichiarandosi un debitore principale; ma si esce allora dai confini d'un'obbligazione accessoria, d'una fideiussione, per sostituirvi un patto *constitutæ pecuniæ* o una *expromissio* o la promessa del fatto d'un terzo ».

Molto acutamente il Campogrande (*Della fideiussione*, n. 462 e segg.): « Ammessa anche l'esistenza delle obbligazioni naturali, è certo che

vare come conseguenza la *soluti retentio,* col carattere oneroso e non gratuito del pagamento così fatto; ma non il persistere della fideiussione, obbligazione accessoria di carattere civile, che presuppone un'obbligazione principale dello stesso carattere. È discutibile se possa una fideiussione validamente accedere ad un'obbligazione naturale. Ma non è dubbio, per la nostra legislazione, che una fideiussione data per un'obbligazione civile si estingua per le medesime cause che estinguono questa. Tutto ciò che può ammettersi è che anche a carico del fideiussore resti un'obbligazione naturale, comunicandosi inoltre questo carattere anche al diritto di regresso ».

Io divido pienamente quest'opinione, e, ammesso anche che esistano obbligazioni naturali nel nostro diritto, ammesso che tal sia l'obbligazione del debitore concordatario dopo il concordato, non credo che questa obbligazione possa vali-

---

la fideiussione non può avere per fondamento che un' obbligazione « valida », e tale non può dirsi l' obbligazione naturale. Valido, nel senso tecnico della parola, è ciò che ha le condizioni volute dalla legge al fine di produrre i suoi effetti, al fine cioè di essere efficace. La legge esige pertanto che l'obbligazione garantita abbia i requisiti necessarî per essere efficace. Ora è certo che l'obbligazione naturale, non è un'obbligazione valida nel senso inteso dal legislatore, nella riferita disposizione; perocchè non è valida un' obbligazione mancante d'azione, ossia del mezzo per farla diventare efficace..... » (Pag. 311-312).

Ma più recisamente di tutti aveva già scritto il LAURENT, in questa pagina veramente magistrale:

« Les dettes naturelles ne peuvent pas être cautionnées. La raison en est que l'obligation naturelle n'existe, aux yeux de la loi, que lorsqu'elle est payée: c'est-à-dire que la loi n'y attache un effet civil qu'au moment, où la dette est éteinte; tant qu'elle n' est pas payée, la loi l'ignore: on doit donc l'assimiler à une dette inexistante, laquelle ne peut pas être cautionnée. Le cautionnement implique qu'il y a un débiteur principal, contre lequel le créancier peut agir; la caution paye pour lui; et, par suite, elle a un recours contre lui: ce recours est garanti par la subrogation que la loi établit au profit de la caution. Quand la dette est naturelle, le créancier n'a aucune action contre le débiteur; la subrogation, de même que l' action récursoire, devient impossible; légalement parlant, il n'y a ni créancier ni débiteur; donc il n'y peut pas avoir de caution » (LAURENT, XXVIII, pag. 141 e segg.).

Non ho altro da aggiungere a queste genialissime conclusioni, cui di gran cuore sottoscrivo.

Contrariamente, per altro, LAROMBIÈRE (*Des obligations*. art. 1235, num. 3).

damente servire di base ad una fideiussione. Se questa deve avere una qualunque importanza civile, non può appoggiarsi che sulla base di un'obbligazione ugualmente civile, giacchè non sarebbe ammissibile nè una fideiussione senza diritto di regresso da parte del fideiussore, nè una fideiussione in forza della quale il debitore principale, obbligato solo naturalmente verso il creditore, fosse poi vincolato civilmente verso il fideiussore, che ha pagato per lui. O alla fideiussione si dà il valore d'un vincolo semplicemente naturale; — ma allora non è chi non veda quanto essa sarebbe irrisoria, ancor più irrisoria che non sia l'obbligazione naturale che si vorrebbe attribuire al debitore principale nei rapporti col creditore!

Comunque, questa dimostrazione non è che un di più; io non credo che il debitore concordatario abbia obbligazione di sorta di fronte al creditore, e per conseguenza ogni ulteriore obbligazione del fideiussore resta, a parer mio, inammissibile.

145. Coobbligati e fideiussori restano dunque completamente liberati in forza del concordato amichevole stragiudiziale conchiuso dal debitore principale, quando, s'intende, il concordato stesso importi per questi remissione o liberazione. I coobbligati, perchè la loro obbligazione è indivisibile, e non può ammettersi che abbia ancor vita di fronte a qualcuno, quand'è venuta meno di fronte ad altri. I fideiussori, perchè la loro obbligazione è accessoria a quella del debitore principale, e quindi cade con questa. È questo un ragionamento che, a rigor di logica, dovrebbe valere anche pel concordato di fallimento, nel quale pure l'obbligazione del debitore resta *ridotta,* come obbligazione civile (e, secondo me, senza sopravvivenza di obbligazione naturale), alla percentuale pattuita nel concordato stesso. Anche qui, come osserva il Rocco molto acutamente, la posizione delle parti è identica. Il creditore non potrebbe richiedere al coobbligato e fideiussore più di quanto gli deve il debitore principale; e, pertanto, ove questi adempia al concordato, quelli saranno liberati senz'altro. Ma il legislatore non ha creduto di tener conto di queste ragioni, che pur sono di diritto

comune. Per le ragioni cui accennavo poco fa (n. 139), ha creduto di assicurare al creditore, che pure abbia preso parte volontariamente ad un concordato, l'esercizio integrale e completo delle sue azioni contro i coobbligati ed i fideiussori. È chiaro pertanto che, contrariamente a quanto il Rocco asserisce, proprio questa disposizione dell'art. 792 Cod. comm. rappresenta una deroga ai principii generali, e per tanto non può, come vorrebbe l'illustre autore, applicarsi per analogia al concordato amichevole stragiudiziale.

Questa deroga, se risulta da tutte queste ragioni per l'ipotesi di che nelle ultime parole dell'art. 792, per l'ipotesi cioè che il creditore abbia volontariamente consentito al concordato, appare anche più naturale ed intuitiva nel caso opposto. È certo infatti che il creditore dissenziente subisce una vera e propria violenza legale da parte della maggioranza. E poichè lo si costringe a rinunciare in parte al suo diritto, è giusto ch'egli possa far valere le sue ragioni contro il fideiussore. Ma nel concordato stragiudiziale le cose procedono sempre diversamente. Qui il creditore consenziente sa di perdere per ciò solo ogni diritto contro il coobbligato ed il fideiussore; sa d'altra parte che, lasciando fallire il debitore, potrebbe poi concordare ugualmente, conservando pure, in forza dell'art. 792, i suoi diritti integrali contro i coobbligati ed i fideiussori. Ha liberissima, dunque, la scelta. Può far fallire il debitore e in tal caso lo proteggerà l'articolo 792: può non concordare stragiudizialmente ed in questo modo non si comprometterà ugualmente di fronte al fideiussore: ma se volontariamente riduce il suo credito, nella forma d'un concordato amichevole stragiudiziale, *imputet sibi* la perdita d'ogni suo diritto ulteriore di fronte ai coobbligati e fideiussori.

146. A questo proposito l'obiezione che il Rocco prevede alla sua dottrina, quella cioè che sarebbe irrisorio pel debitore il concordato stragiudiziale, se egli fosse ancora esposto al regresso del fideiussore, non è stata, mi pare, efficacemente superata dall'illustre autore. Ad ovviare a questo pericolo egli consiglia di fare intervenire il fideiussore nel concordato stesso. L'autorevole consiglio è in realtà

molto spesso seguito e, come è facile intendere, con ottimi risultati pratici. Ma mi si consenta d'osservare che in questo consiglio si annida una vera petizione di principio; con esso la questione proposta non viene risolta, ma girata senz'altro. Se infatti il fideiussore interviene nel contratto, è chiaro che la posizione giuridica sua, come quella degli altri contraenti, risulterà *espressamente* dalle nuove stipulazioni convenute nel concordato. Ma la questione esaminata fin qui sorge appunto nel caso in cui il fideiussore non sia intervenuto; si è precisamente in quest'ipotesi che la posizione del fideiussore dà luogo alla gravissima questione esaminata finora; l'autorevole consiglio del Rocco, pertanto, pur avendo un'importanza pratica notevolissima, non risolve la questione che ci occupa; tende piuttosto a sopprimerla; il che è certo un gran bene, ma non mi pare tanto utile come il fissare un giusto criterio per risolverla, quando, ad onta di tutti gli sforzi e di tutti i consigli, essa si affacci nuovamente all'esame degli studiosi.

146 *bis*. Riprende vita la questione, logicamente abbandonata dal Rocco (avendo egli sostenuto che in ogni caso il concordato stragiudiziale « non » libera il fideiussore), se debba estendersi per analogia al caso della fideiussione la disposizione dell'art. 1281 Cod. civ., il quale, a proposito della remissione in confronto d'un condebitore solidale, stabilisce che il creditore, il quale, rimettendo ad un condebitore, voglia conservare l'azione contro gli altri, debba farne espressa riserva. Anche contro il fideiussore potrà farsi questa riserva?

Si desume la soluzione negativa dal confronto col successivo art. 1282, il quale, regolando gli effetti della remissione in confronto del fideiussore, afferma senz'altro ch'essa lo libera, senza fare alcun accenno alla possibilità di riserva, onde pare proprio il caso di ritenere che la legge « ubi voluit, dixit » (Lanni). La si desume anche dal riflesso che queste disposizioni (art. 1281, 1282) essendo interpretative della volontà dei contraenti, sono per natura loro eccezionali e quindi non può quella dell'art. 1281 estendersi al caso dell'art. 1282 (Rocco).

Per mio conto aderisco completamente a questa dottrina, in considerazione della differenza fondamentale che passa fra l'obbligazione del coobbligato in solido e quella del fideiussore. La prima è assolutamente indipendente da quella dei condebitori, se bene il pagamento fatto da uno spenga l'obbligazione per tutti, tant'è che il creditore può rivolgersi a sua volontà contro uno qualunque dei condebitori. La seconda invece è strettamente legata e dipendente da quella del debitore principale, il quale si chiama appunto così in contrapposto al fideiussore che è debitore in via sussidiaria o subordinata. Ora, se già nell'obbligazione solidale, che pur determina vincoli obbligatorii indipendenti nei singoli creditori, la legge dà tanta importanza alla remissione in confronto d'uno di loro, da ritenere naturalmente vincolati gli altri (tant'è che impone al creditore remittente, in quanto voglia sfuggire questa logica conseguenza della sua remissione, di farne espressa riserva) è logico che un effetto più grave si connetta alla remissione in confronto del fideiussore. Quest'effetto più grave non può essere che la perdita assoluta d'ogni diritto di fronte al garante.

Si ritorna, per questa via, alla dottrina esposta più sopra, che ha per base la negazione dell'obbligazione naturale a carico del debitore concordatario.

CAPITOLO IX.

Risoluzione ed annullamento.

SOMMARIO. — 147. L'art. 842 cod. comm. non è applicabile al c. a. s. — 148. Prevale il principio generale dell'art. 1108 cod. civ. — 149. Continuazione e conclusione. — 150. Risoluzione (art. 1165 cod. civ). — Condizione risolutiva tacita — Obbiezioni del BONELLI. — 151. Teorica del ROCCO. — 152. Applicazioni pratiche. — 153. Confutazione del BONELLI. — 154. Continuazione e conclusione. — 155. Esame dell'art. 843 cod. comm. — 156. La natura del c. a. s. esclude il concetto di risoluzione parziale. — 157. Rapporti fra il creditore leso dall'inadempimento e gli altri creditori. — 158. Conclusione. — 159. Applicazione dell'art. 42 ult. cap. del cod. comm. — 160. Il magistrato, nella stessa sentenza che annulla o risolve il c. a. s., dovrebbe dichiarare il fallimento del debitore inadempiente. — 161. Obiezioni e loro confutazione (art. 688 cod. comm.). — 162. Importanti vantaggi pratici. — 163. Effetti della risoluzione e dell'annullamento del c. a. s. — 164. Quanto ai fideiussori anteriori al concordato, la dottrina prevalente li ritiene liberati in seguito alla risoluzione — Opinione del LANNI. — 165. Obiezioni del ROCCO. — 166. Confutazione e conclusione conforme alla dottrina prevalente. — 167. Quanto ai fideiussori che garantirono il concordato, la dottrina prevalente li ritiene liberati se non furono escussi preventivamente. — 168. L'art. 40 cod. comm. è in aperto contrasto con questo insegnamento — Il fideiussore è inadempiente pel solo fatto che il debitore principale non paghi, senza bisogno di escussione — Pertanto la risoluzione non lo libera in nessun caso. — 169. La dottrina prevalente renderebbe impossibile al creditore leso di far dichiarare subito il fallimento del debitore inadempiente — Come deve intendersi la fideiussione in commercio. — 170. Anche dall'art. 1907 cod. civ. si desume la stessa conclusione. — 171. L'annullamento del c. a. s., a differenza della risoluzione, libera senz'altro i fideiussori che ne garantirono l'adempimento — Confronto col c. giudiziale. — 172. La sentenza che annulla o risolve il c. a. s. è appellabile, in quanto non dichiari contemporaneamente il fallimento del debitore. — 173. Conclusioni — Riassunto dei principî generali da adottarsi dal legislatore (*de jure condendo*) sul c. a. s.

147. Sta fra i principî generali del diritto contrattuale la regola che quante volte un contraente, nel determinare od esprimere la propria volontà, è caduto in errore ovvero è stato vittima d'una violenza o di dolo, ha diritto di fare annullare il contratto da lui concluso in queste circostanze. A questa regola generalissima che il Codice civile ha espresso

nell'articolo 1108: « Il consenso non è valido se fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo », a questa regola generalissima, la quale deve applicarsi sempre ogni qualvolta si alleghi un fatto di qualunque natura, in cui si riscontrino gli elementi costitutivi dell'errore, della violenza o del dolo, l'articolo 842 Codice commercio, pel concordato giudiziale, ha apportato un'importantissima restrizione, stabilendo: « Il concordato, ancorchè omologato, può essere annullato dal Tribunale ad istanza del curatore o di qualunque creditore, chiamato il curatore ed in contradditorio del fallito, qualora si scopra dopo l'omologazione che dolosamente siasi esagerato il passivo o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

« L'annullamento libera di diritto le fideiussioni date per il concordato.

« Nessun'altra azione di nullità del concordato è ammessa dopo l'omologazione ».

Si tratta dunque, come si vede, d'una particolarissima restrizione, per la quale tutti i fatti per cui può generalmente annullarsi un contratto, vengono, nel caso del concordato giudiziale, ridotti a due, cioè l'esagerazione del passivo e la dissimulazione d'una parte rilevante dell'attivo.

Orbene, lo studio dell'annullamento del concordato amichevole stragiudiziale si riduce tutto, secondo me, alla questione se in questo concordato stragiudiziale debba ammettersi, per analogia, la stessa limitazione stabilita dall'art. 842 Cod. comm. per il giudiziale, ovvero se debba darsi maggior peso al principio generale contenuto nell'art. 1108 cod. civ.

148. La questione, veramente molto importante, credo debba essere risolta dando la preferenza all'articolo 1108 Cod. civ., e ciò per due ragioni: l'una generale, della quale ho avuto occasione di parlare ogni qual volta s'è trattato d'estendere per analogia al concordato stragiudiziale una norma giuridica del concordato di fallimento; l'altra, molto più importante, relativa alla questione particolare che esamino. La prima consiste in ciò che tra il concordato obbligatorio e lo stragiudiziale ci sono tali diffe-

renze di carattere e di scopo, da non permettere *mai* l'estensione per analogia delle norme di quello a questo, senza un previo esame per stabilire se lo spirito del concordato stragiudiziale consenta questa speciale estensione. La seconda consiste nel risultato di questo esame, il quale porta a conchiudere che lo spirito del concordato stragiudiziale non consente una limitazione qualsiasi delle cause che possono eventualmente determinarne la nullità.

Nel concordato stragiudiziale questa limitazione è spiegabilissima e giusta. Il legislatore ha inteso di dare una maggiore stabilità, una maggiore certezza giuridica al concordato di fallimento, parendogli utile che, concluso una volta questo concordato, non potesse essere alla mercè di qualunque creditore e di qualunque fatto. L'importanza del concordato, in quanto sostituisce alla liquidazione giudiziale una liquidazione amichevole, in quanto rimette le cose *in pristinum,* in quanto pone termine alla procedura di fallimento e toglie di mezzo ogni ingerenza dell'autorità giudiziaria, è tale, che molto opportunamente il legislatore ha creduto di dare maggiore stabilità al concordato stesso, impedendo che per qualunque causa normale di annullamento si potesse annullarlo. Per questa ragione ha limitato queste cause alle due ricordate, all'infuori delle quali si è rifiutato di ammetterne alcuna. Ma di contro a questa limitazione, stanno tutte le garanzie e le cautele che sono proprie della procedura di fallimento, tutti gli atti di questa procedura, coi quali il legislatore si studia sempre (se talvolta, ad onta di tutto, non vi riesce, non si può fargliene colpa) di accertare per tal modo il vero stato della cose, da rendere impossibile che i creditori sieno tratti in errore o cadano vittime di violenza o di dolo. Pertanto è ben logico che il legislatore abbia posto un limite alle cause di annullamento, mentre a favore dei creditori ha già stabilito tutte le garanzie preventive che sapeva e poteva.

149. Invece nel concordato amichevole stragiudiziale le cose stanno molto diversamente.

A parte il solito argomento che *quod est juris singularis non est producendum ad consequentias* — e nessuna disposi-

zione più eccezionale dell'articolo 842 Codice commercio — sta il fatto che nel concordato stragiudiziale non si verifica affatto quella condizione di cose, esaminata testè nel giudiziale, la quale giustifica pienamente in questo quella certa limitazione. Nel concordato stragiudiziale nè il legislatore ha da curarsi della stabilità del contratto più che non si curi di quella di cento altri contratti, nei quali, come in questo, il magistrato non interviene per nulla, nè, a compenso di quest'eventuale limitazione, si potrebbero far valere tutte le garanzie che la legge ha stabilito per la procedura di fallimento in genere, per quella del concordato obbligatorio in ispecie. Dal primo punto di vista si osserva che veramente l'importanza del concordato stragiudiziale è ben diversa da quella del concordato obbligatorio. Il magistrato non essendo intervenuto per nulla; — non essendovi ancora fallimento, a cui il concordato sia destinato a porre fine; — potendo sempre, ove la liquidazione amichevole non riesca o si annulli, ricorrersi alla giudiziale col fallimento, il legislatore non ha tanto interesse a fissare la certezza giuridica del contratto concluso e quindi a limitarne le cause d'annullamento. Dal secondo punto di vista si osserva che, poichè nel concordato stragiudiziale manca ogni sorta di garanzia giudiziale, poichè qui le parti agiscono non solo senza l'intervento ed il controllo, ma addirittura *all'insaputa* dell'autorità giudiziaria, poichè infine hanno la maggior libertà, così la mancanza della relazione del curatore, della verificazione dei crediti e d'ogni e qualsiasi procedimento fallimentare può rendere molto più facile al debitore di mala fede il trarre in inganno i creditori. Pertanto, togliere ai creditori la facoltà di far annullare questo contratto, quando si verifichi uno qualunque di quei fatti, per cui si fa luogo comunemente alla nullità, sarebbe veramente arbitrario; sarebbe darli legati mani e piedi nelle mani del debitore concordatario, ovvero togliere loro, in ogni caso, ogni volontà di regolare i loro interessi mediante il concordato stragiudiziale, cioè combattere per via indiretta un istituto, di cui non si può nè si deve disconoscere il valore e l'importanza.

150. Altre questioni si riferiscono all'annullamento del concordato stragiudiziale, ma sono questioni comuni anche all'altro argomento della risoluzione del concordato stesso, e pertanto occorre prima ch'io mi occupi sommariamente di questo nuovo argomento.

Si delinea qui netta e precisa nella sua conseguenza fondamentale la questione che ho esaminato ampiamente nel Capitolo II, n. 30 e segg., per concludere che il concordato amichevole stragiudiziale è un contratto bilaterale.

Chi, infatti, ammette la bilateralità di questo contratto, fonda la risoluzione sull'articolo 1165 Cod. civ., secondo il quale « la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione ».

Chi invece come, unico fra gli scrittori italiani, il Bonelli (1), afferma che il concordato in genere è un contratto unilaterale, ne deduce che in esso, come negli altri contratti unilaterali, non si può parlare di condizione risolutiva tacita, e che pertanto la parte lesa dall'inadempimento potrà costringere l'inadempiente ad eseguire il contratto, ma non potrà chiederne la risoluzione, nè, secondo i casi, ritenerlo risolto *ipso jure,* salvo che questa facoltà non sia stata espressamente pattuita.

Dissento recisamente da questa dottrina; ne riconosco la logica coerenza, per cui, fissato un principio, non si sovvertono le conseguenze naturali del principio stesso; ma, senza peccare a mia volta d'incoerenza, non posso, avendo ritenuto che il concordato sia un contratto bilaterale, negare che vi sia sottintesa, come in tutti gli altri contratti bilaterali, la condizione risolutiva tacita.

E in ciò mi rafforza la dottrina prevalente (già citata nel Capitolo II, dove appunto ho svolto la questione teorica), la quale concorda perfettamente con questo mio modo di pensare.

151. Fissato questo principio, occorre studiare come si applica la risoluzione al concordato amichevole stragiudiziale.

(1) Cfr. Cap. II, n. 29, pag. 39, nota 1.

Il Rocco che, al solito, studia questo argomento molto più profondamente degli altri, costruisce a questo proposito una teorica la quale ha il torto, a mio avviso, d'essere troppo sottile e complicata.

Dopo aver distinto tre casi di risoluzione, a seconda che sia domandata da un creditore contro il debitore, o da un creditore contro un altro creditore, o, finalmente, dal debitore contro il creditore, « il contraente leso dall'inadempimento, egli scrive, non può domandare la risoluzione dell'intero contratto..... L'inadempimento non scioglie tutto il contratto, non risolve cioè tutte le obbligazioni reciprocamente assunte da ogni contraente con ciascuno degli altri contraenti, ma risolve, di per sè, solamente il vincolo obbligatorio intercedente fra il contraente leso dall'inadempimento e l'inadempiente.... *Non importa che il contratto sia unico: le obbligazioni create dal contratto sono più;* e ciò basta perchè la risoluzione chiesta da un solo contraente non abbia che un effetto limitato. Ma l'unicità del contratto, il nesso reciproco strettissimo che lega le varie obbligazioni in un fascio, spiega effetto anche nella risoluzione domandata da un singolo contraente. Questa connessità dà luogo ai seguenti principii:

« *a)* Il debitore si obbliga con ciascun creditore;

« *b)* Ciascun creditore si obbliga contemporaneamente col debitore e con ciascuno degli altri creditori.

« Da ciò le due conseguenze:

« *a)* Non può un creditore essere vincolato agli altri creditori, senza esserlo contemporaneamente al debitore;

« *b)* Non può un creditore essere vincolato al debitore senza esserlo contemporaneamente a tutti gli altri creditori intervenuti nel contratto ».

152. Dall'applicazione di queste formole ai singoli casi di risoluzione previsti dal Rocco, deriverebbe l'intera teorica della risoluzione, ch'egli esprime in questa proposizione generale: « L'inesecuzione del contratto, da parte del debi-
« tore verso un creditore o di un creditore verso un altro
« creditore, dà luogo alla risoluzione del contratto riguardo
« al creditore leso dall'inadempimento, il quale avrà diritto

« di recederne e di considerarlo come mai avvenuto; mentre « invece l'inesecuzione del contratto da parte d'un creditore verso il debitore produrrà la risoluzione del contratto « riguardo al creditore inadempiente, il quale sarà escluso « dal contratto e si considererà come se non vi avesse mai « partecipato » (1).

Per conseguenza chi, debitore o creditore, domanda la risoluzione del concordato, deve procurarsi il contraddittorio di tutti gli altri intervenuti nel contratto.

« Può sembrare ingiusto « continua il Rocco » che i contraenti non colpevoli dell'inadempienza debbano, sia pure indirettamente, sentirne il contraccolpo, col perdere l'adesione di un contraente, sul quale, al momento della conclusione del contratto, avevano contato.... L'inconveniente esiste, ma il rimedio è già implicito nella norma da noi affermata. Quando l'inadempimento dà luogo al recesso del contraente leso,... ogni contraente non colpevole dell'inadempimento può chiedere, alla sua volta, la risoluzione del contratto *nei suoi riguardi.* Il recesso di un contraente significa inesecuzione del contratto, perchè gli altri contraenti avevan contrattato sotto la condizione risolutiva del completo adempimento degli obblighi di ciascuno. E poichè la colpa del recesso risale a chi prima si rese inadempiente, questi si è reso inadempiente non solo di fronte a chi fu direttamente leso, ma anche di fronte a tutti i contraenti, ognuno dei quali avrà diritto di recedere dal contratto. In tal modo i diritti di tutti sono tutelati ed è mantenuto il principio che l'inadempienza di un solo verso un solo contraente non risolve, *di per sè,* tutto il contratto..... ».

153. Alcune acute obbiezioni a questa teorica del Rocco sono già state mosse dal Bonelli (2): « A noi pare anzitutto che l'inadempienza d'un creditore in un concordato non complicato da convenzioni estranee, sia un non senso, e non meriti d'essere contemplata come ipotesi di risoluzione. Il vincolo del creditore nel concordato non è

(1) Rocco, op. cit., pag. 253 e segg.
(2) Bonelli, op. cit., vol. II, pag. 676, nota 2.

una vera e propria obbligazione, ma una volontaria limitazione del suo diritto (1); se egli agirà prima del termine di dilazione o chiederà la parte rimessa, sarà respinto con un'eccezione; non è dunque il caso di parlare di inadempienza. È poi affatto insussistente che ogni creditore contratti sotto la condizione risolutiva del completo adempimento verso tutti i contraenti e che nel concordato i creditori, oltrechè col debitore, contrattino anche fra loro, come sostengono il Rocco (n. 101) e Cassaz. Torino, 31 gennaio 1893 (Cons. Comm., 315). La verità è che ognuno contratta sotto la condizione sospensiva dell'accordo cogli altri creditori (2) e sotto la condizione risolutiva che sia evitato il fallimento (3); e questo, e non altro, è l'evento capace di determinare la risoluzione del concordato amichevole fuori di fallimento ».

154. L'accordo, come si vede, non è affatto raggiunto. E benchè fra due autori — l'uno dei quali pecca soltanto di soverchia esattezza nell'applicazione delle norme civilistiche in materia contrattuale, partendo dal principio enunciato nel capoverso dell'articolo 1165 Cod. civ.: « in questo caso il contratto non è sciolto di diritto », mentre l'altro sovverte, sia pure con molta genialità, tutte le norme fondamentali sul concordato stragiudiziale, di cui ho parlato fin qui — la scelta non possa essere dubbia, io tuttavia non ritengo di potere accettare senz'altro la teorica del Rocco, la quale anzi mi sembra, questa volta, completamente inesatta.

155. Di risoluzione parziale nel concordato stragiudiziale non mi pare si possa parlare. Il legislatore ha sta-

---

(1) Quest'affermazione è inesatta, sebbene molto logica da parte del Bonelli, il quale, come ho detto poc'anzi, non ammette che il concordato sia un contratto bilaterale; ma il fondo della critica non ha, per questo, un motivo meno profondo ed acuto.

(2) *V. retro*, n. 112.

(3) È proprio vero che i creditori contrattino sotto la condizione risolutiva che non sia dichiarato il fallimento? Il Rocco lo nega, acutamente affermando che, quante volte il contraente si propone uno scopo, non è a dire che egli contratti sotto la condizione risolutiva che lo scopo stesso sia raggiunto. Ed a me pare che il Rocco abbia ragione (Cfr. Rocco, op. cit., pag. 257, n. 112).

bilito all'art. 843 del Codice di commercio che: « Se il fal-
« lito non adempie le condizioni del concordato, la mag-
« gioranza dei creditori intervenuti alle deliberazioni di
« esso e non ancora soddisfatti delle somme ivi convenute
« può chiedere la risoluzione. La maggioranza è formata
« secondo le disposizioni dell'art. 833.

« ..... La risoluzione può essere domandata individual-
« mente, ma quanto al proprio interesse soltanto, da uno
« o più creditori non soddisfatti in tutto od in parte delle
« quote scadute loro assegnate dal concordato ».

Da quest'articolo, la cui dizione, a dir vero, non mi pare molto felice, si ricava che pel concordato di fallimento il legislatore ha inteso di stabilire una doppia forma di risoluzione: la risoluzione vera e propria o risoluzione totale, la quale pone nel nulla il concordato e riapre lo stato di fallimento, purchè lesi dall'inadempimento siano almeno tanti creditori quanti ne occorsero per formare il concordato stesso; la risoluzione parziale, con effetto limitato ai rapporti fra il debitore inadempiente ed il creditore personalmente leso dall'inadempimento, senza conseguenza per l'integrità del concordato, risoluzione che può essere chiesta anche da un solo creditore. Il legislatore ha *creato* dunque, per questo istituto, una risoluzione parziale. Può estendersi per analogia questa concezione anche al concordato stragiudiziale?

156. Lo spirito di questa disposizione, eccezionale essa pure, esclude assolutamente la possibilità di tale estensione. Se il legislatore ha limitato la vera e propria risoluzione del concordato di fallimento al caso che essa sia domandata da tanti creditori quanti contribuirono a formare il concordato stesso, non è certo pel capriccio di inceppare con un'inutile formalità il diritto dei creditori singoli di tutelarsi contro l'inadempimento, ma pel solito concetto dell'importanza e del valore ch'esso attribuisce al concordato di fallimento, il quale, una volta conchiuso, vuole che non possa esser posto nel nulla per la volontà, anche pel danno individuale di un creditore. Se il creditore leso dall'inadempimento è uno solo, val molto meglio fargli risolvere

il contratto di concordato soltanto nei suoi rapporti, farlo rientrare nei suoi diritti integrali, quali erano anteriormente al fallimento ed al concordato, fargli valere questi diritti contro il fallito ormai rimesso alla testa del suo commercio, che non provocare una nuova catastrofe, dichiarare di nuovo il fallimento; il che, quando pur fosse praticamente concepibile, arrecherebbe un danno enorme ai creditori già soddisfatti, senza arrecare alcun vantaggio a colui che non lo fu. Per attenuare la gravità di una conseguenza di questo genere, quale discenderebbe nettamente dal principio che il concordato è un contratto unico, il legislatore *ha trovato un vero e proprio ripiego*, in realtà molto pratico e geniale, preoccupandosi dell'importanza del concordato di fallimento, e dell'utilità di tenerlo fermo per quanto è possibile (1).

Ma nel concordato stragiudiziale non si verifica niente di tutto questo. Come ho già avuto occasione di dire per la questione dell'annullamento, qui al legislatore la stabilità del contratto conchiuso non importa più che gl'importi quella di qualunque altro contratto. Si rientra, pertanto, nel diritto normale, e, per stabilire se nel concordato stragiudiziale sia ammissibile una risoluzione parziale, nei rapporti cioè di qualcuno soltanto dei creditori che l'hanno formato, non si può che ricorrere, al solito, alla particolare natura dell'istituto.

157. Ora, posto il principio che il concordato amichevole stragiudiziale è un contratto unico, io non so concepire come possa risolversi per alcuno dei contraenti e non contemporaneamente per gli altri tutti. A torto il Rocco, che pure aveva così luminosamente provato l'unicità con-

---

(1) A torto dunque il Bonelli si fa forte di quest'istituto della risoluzione parziale per negare l'unicità contrattuale del concordato. Se il concordato, egli pensa, può risolversi in confronto di alcuni creditori soltanto, ciò costituisce una prova che ci troviamo di fronte a più contratti e non ad un contratto unico. Non è vero. La risoluzione parziale non è che una breccia aperta nella rigidità delle conseguenze dell'unicità del contratto da parte del legislatore per motivi di convenienza. È dunque, se mai, una riprova indiretta di quest'unicità, contrariamente a quel che ne pensa il Bonelli.

trattuale del concordato in genere, che aveva genialmente fatto osservare, per meglio dimostrarla, come non si debba confondere l'unicità del contratto con l'unicità delle obbligazioni, applica ora così malamente questa distinzione, osservando: « Non importa che il contratto sia unico; le obbligazioni sono più; e ciò basta perchè la risoluzione chiesta da un solo contraente non abbia che un effetto limitato ». Se ciò fosse vero, allora risolvendosi l'obbligazione del compratore, non dovrebbe risolversi anche quella del venditore, perchè anche qui, se il contratto è uno solo, la compravendita, i vincoli obbligatorî sono due. La verità è che quando, nel concordato stragiudiziale, si risolve l'obbligazione in confronto ad uno, deve anche risolversi l'obbligazione degli altri, e ciò perchè altrimenti quest'obbligazione sussisterebbe senza causa. Secondo quel che ho detto fino ad ora ogni creditore in tanto acconsente al sacrificio che gli arreca il concordato, in quanto altri creditori vi consentano, e precisamente tanti altri creditori quanti ne occorrono per raggiungere lo scopo comune di evitare il fallimento. Ora quando, per l'inadempienza in confronto ad un creditore, questi chiede ed ottiene la risoluzione, manca ai creditori non lesi (e si badi che possono essere non lesi non solo perchè siano soddisfatti, ma anche perchè, per esempio, la loro percentuale debba essere loro pagata dopo, per convenzione pattuita nel concordato) una garanzia sulla quale avevano contato; essi vedono un creditore concordatario, che può anche essere un grosso creditore, riacquistare il diritto all'intero e minacciare il fallimento; è inconcepibile, pertanto, che rimanga fermo il contratto nei loro riguardi, e pare invece naturalissimo che, resosi il debitore inadempiente in confronto ad uno dei creditori, ed ottenuta da questi la risoluzione del concordato, il concordato stesso debba risolversi senz'altro, anche in confronto degli altri.

158. Ma si potrà dire: ammessa l'impossibilità della risoluzione parziale, stabilito che, se il contratto è risolto di fronte ad uno, debba intendersi risolto di fronte agli altri creditori, non si arriva alla conseguenza, veramente enorme, di costringere questi altri creditori, che eventual-

mente siano stati pagati puntualmente, che non siano niente affatto stati lesi da inadempimento di sorta, a rimborsare quel che hanno *giustamente* ricevuto in pagamento della percentuale concordata? Rispondo che, se, risolto il concordato in confronto a tutti, essi non addivengono a questa restituzione, il creditore, in confronto del quale fu dichiarata la risoluzione del concordato stragiudiziale, farà aprire il fallimento, e conseguenza immediata sarà l'annullamento di quei pagamenti in forza dell'art. 709 ult. cap. del Codice di commercio. Quella conseguenza si verificherà in ogni modo, perchè non è ammissibile che il creditore leso dall'inadempimento faccia risolvere il concordato stragiudiziale, per poi rimanersene inerte; ammesso pure che sia necessaria l'istanza sua o d'altri per aversi il fallimento, e che questo non debba piuttosto essere dichiarato dal tribunale stesso, nell'atto in cui pronuncia la nullità del concordato stragiudiziale. Audace dubbio questo, che mi propongo di esaminare largamente fra poco.

159. Ancora: se la risoluzione del concordato stragiudiziale in confronto d'un creditore produce *ipso jure* la risoluzione in confronto a tutti gli altri, qual valore ha più il secondo capoverso dell'articolo 1165 Codice civile, il quale stabilisce che « in questo caso (inadempimento dell'obbligazione contenuta nel contratto bilaterale) il contratto *non è sciolto di diritto?* La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi? »

Quest'obiezione mi pare già contenuta nell'ultima frase della teorica citata del Rocco, nella quale egli afferma che, seguendo la sua teorica « i diritti di tutti sono tutelati, ed è mantenuto il principio che l'inadempienza d'un solo, verso un solo contraente, non risolve *di per sè* tutto il contratto ».

Ma neanche quest'obiezione non mi sembra nè esatta, nè decisiva. Io non intendo niente affatto di stabilire *extra legem* un'eccezione al principio generalissimo contenuto in quel capoverso dell'articolo 1165 Codice civile, per cui la riso-

luzione dei contratti bilaterali *non* ha luogo di pien diritto. Per introdurre quest'eccezione, ci vorrebbe un'espressa disposizione legislativa, e nessun ragionamento d'interprete può supplire alla mancanza di quella disposizione. Ma l'errore di quell'obiezione sta appunto nel voler attribuire a chi combatte la risoluzione parziale l'intenzione di stabilire quell'eccezione, intenzione ch'è invece perfettamente estranea alla mia opinione. Io non intendo di affermare che il concordato stragiudiziale possa risolversi di pien diritto per effetto dell'inadempienza; ritengo invece indispensabile che la risoluzione sia dichiarata dal magistrato: quel che affermo si è che non arrivo a comprendere come un contratto *unico,* pur risolto per alcuni dei contraenti, continui a vivere ed a produrre tutti i suoi effetti per gli altri. Ho dimostrato come anche di fronte a questi si verifichi l'inadempienza, per ciò ch'essi in tanto si erano obbligati, in quanto credevano obbligato anche un creditore il quale viene ad essere invece libero e sciolto da ogni impegno e minaccia il fallimento; ma la risoluzione in confronto a loro non avviene *ipso jure* come effetto di quest'inadempienza riflessa; deriva invece dalla risoluzione in confronto del creditore leso pel primo, del creditore che ha ottenuto dal magistrato la sentenza che dichiara la risoluzione stessa; per esprimermi più esattamente, anzichè dire che l'una risoluzione dipenda dall'altra, dirò senz'altro che ci si trova di fronte ad una sola risoluzione, unica per tutti i creditori, come era unico il contratto che essi avevano concluso.

160. Il magistrato, di fronte al quale il creditore abbia avanzato domanda per risoluzione d'un concordato amichevole stragiudiziale, ove gli consti essere il creditore stesso nel suo buon diritto, non può, applicando l'alinea terzo dell'articolo 1165, concedere una dilazione al convenuto, secondo le circostanze, e ciò per la disposizione generale contenuta nell'articolo 42 Cod. comm. Questa disposizione, — mentre è veramente salutare per tutte le obbligazioni commerciali, per le quali, in genere, s'intende come l'adempimento abbia ad essere più scrupoloso che per le civili ed il termine, per conseguenza, acquisti un'importanza

ed un valore sconosciuto, o quasi, negli affari civili — è specialmente provvidenziale pel concordato stragiudiziale. Quanto infatti questo contratto può, in certi casi, presentarsi utile, se posto in tali basi da renderne possibile l'adempimento, e quindi da evitare proprio ogni pericolo di fallimento, altrettanto diventa dannoso e rischioso per tutti, quando si palesi insufficiente allo scopo. In tal caso, mentre cade il concordato stesso, per annullamento o per risoluzione, è indispensabile che si possa tagliare corto, e dichiarare il fallimento del debitore inadempiente al più presto possibile. S'intende dunque come sia vantaggiosa la esclusione d'ogni dilazione, concessa dal magistrato al debitore inadempiente; il quale, se potesse ottenere quella dilazione, probabilmente non se ne servirebbe che per fare sparire maggiori attività e frodare ad un tempo i creditori e la legge.

161. Ho detto che, risolto od annullato il concordato stragiudiziale, è indispensabile che si possa dichiarare al più presto il fallimento del debitore inadempiente; e sono tanto convinto di questa necessità che arrivo fino a credere che sarebbe bene che, in mancanza d'una disposizione di legge la quale espressamente stabilisca questo sistema, i tribunali, nel dichiarare quella nullità o risoluzione, dichiarassero anche il fallimento nella medesima sentenza. Non mi nascondo la gravità e l'importanza delle obiezioni che possono farsi a questo concetto, specialmente pel caso che il creditore leso dall'inadempimento, o comunque interessato a far cadere il concordato stragiudiziale, non abbia chiesto nello stesso tempo il fallimento del debitore. Si può osservare che in questo modo il tribunale viene a dichiarare il fallimento d'ufficio; che tale facoltà il tribunale non può assumersi, *se non quando gli consti l'insolvenza del debitore*, a norma dell'art. 684 c. comm.; che non basta per questo il concordato: questo, tutto al più, essendo stragiudiziale, costituirebbe una confessione stragiudiziale; mentre al tribunale deve constare l'insolvenza, agli effetti di poter dichiarare il fallimento, o per mezzo d'una confessione *giudiziale* da parte del debitore, o per mezzo d'un'istanza da parte dei

creditori. Così, per es., il Rocco, con argomento sottile, ma non molto esatto. Rispondo, ad ogni modo, che l'articolo 684 stabilisce, in termini generali, che il fallimento è dichiarato con sentenza pronunciata sulla dichiarazione « del fallito, o ad istanza di uno o più creditori o d'*ufficio* » e che pertanto, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* D'altronde, se si volesse, col Rocco, distinguere tra confessione giudiziale e stragiudiziale d'insolvenza, all'effetto di ammettere solo nel primo caso la facoltà del tribunale di dichiarare il fallimento, si verrebbe, per via indiretta, a togliere al tribunale la facoltà di dichiarare il fallimento d'ufficio. Quella che il Rocco chiama confessione giudiziale dell'insolvenza, sarebbe, infatti, un atto che parte dal debitore, d'iniziativa sua, allo scopo di ottenere la dichiarazione del proprio fallimento, e che rientrerebbe nell'articolo 686; onde, limitando a questo caso ed all'istanza dei creditori l'effetto d'ottenere la dichiarazione di fallimento, tanto varrebbe togliere di mezzo la facoltà nel tribunale di dichiararlo d'ufficio; e ciò è contrario alla lettera ed allo spirito della legge, se pur può piacere ad alcuni. Un argomento decisivo poi contro la pretesa limitazione si desume nettamente dall'articolo 688 Codice commercio in cui è detto: « Se *sia notorio* o se *per altri mezzi* siavi sicura notizia « che un commerciante abbia cessato di fare i suoi paga- « menti, il tribunale *deve* dichiarare il fallimento d'ufficio, « ma può, se lo crede necessario, sentire previamente il « fallito. »

Il sistema ch'io vorrei fosse adottato dai tribunali non sarebbe, mi pare, che una serie di applicazioni molto razionali di quest'articolo.

162. Ma all'infuori delle strette discussioni dell'ermeneutica legale, a me sembra fin troppo chiara l'importanza, anzi la necessità che il tribunale, mentre annulla o risolve un concordato amichevole stragiudiziale, dichiari senz'altro il fallimento del debitore inadempiente. Se il debitore non può pagare, se è fallito anche il tentativo d'un concordato amichevole stragiudiziale, quando ciò cade nelle mani del tribunale, di modo che al tribunale stesso venga a constarne

in modo irrefutabile, a me pare che il meno che il tribunale possa fare per tutelare gli interessi dei creditori tutti sia dichiarare il fallimento senz'altro. Non facendolo, esso viene a prestarsi al giuoco del debitore, a concedergli tempo, ad offrirgli il destro di ricorrere a mille inganni, quanto meno a mille ripieghi disperati e pericolosi, il cui ultimo effetto sarà quello di assottigliare l'attivo con danno di tutti. La situazione, a questo punto, si fa veramente imbrogliata e pericolosa; l'unico colpo secco che possa arrecare, se non un rimedio, almeno il vantaggio delle situazioni nettamente definite, si è la dichiarazione del fallimento. Senza di questo, il debitore, se è di mala fede, approfitta del tempo per sottrarre i suoi beni alle pressioni dei creditori; se è di buona fede, si trascina in lotte disperate, in tentativi pietosi e che il tribunale può benissimo presumere *a priori* come infruttuosi, dal momento che il tentativo più serio, quello d'un concordato stragiudiziale già perfettamente conchiuso, s'è poi visto naufragare miseramente. La debolissima probabilità che il debitore riesca ad impietosire i suoi creditori un'altra volta, in modo da ottenere un nuovo concordato stragiudiziale, che non dà poi grande affidamento di essere eseguito più puntualmente del primo; — ovvero che in qualunque altro modo, più o meno imprevisto ed imprevedibile, egli riesca a salvare la situazione, non deve fare ostacolo al concetto che propongo e che, ove attuato, sarebbe d'una utilità straordinaria novantanove volte su cento. Quando pure il debitore inadempiente, contro cui si sia dichiarata la risoluzione del concordato stragiudiziale, e che nello stesso tempo sia stato dichiarato in fallimento, vada intorno a cercare rimedî, avrà sempre, se li trova, l'ultima arma col fare opposizione alla sentenza dichiarativa. Ma intanto, risolto il concordato per tutti i creditori, ritornate le cose *in pristinum*, trovandosi chiaramente il debitore, per quanto ne consta al tribunale, *in istato di insolvenza*, è indispensabile che la situazione sia nettamente definita, e per definirla non c'è altro rimedio che l'immediata dichiarazione del fallimento. Non mai potrebbe avere applicazione più retta e più pratica il principio che il fallimento può anch'essere dichiarato d'ufficio dal tribunale. Se il tribunale non crede di doversi

decidere a dichiararlo *ex officio* di fronte ad una situazione di questo genere, non so davvero quando dovrebbe dichiararlo.

163. Secondo quel che ho detto fin qui, l'effetto naturale e necessario dell'annullamento e della risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale dovrebb'essere il fallimento: e così da questo primo effetto fondamentale dovrebbero poi derivare in seconda linea tutti gli effetti particolari che sono proprî del fallimento. Che se il tribunale non crede di dichiarare d'ufficio, nè il creditore, il quale ha fatto annullare o risolvere il concordato, di domandare senz'altro il fallimento stesso, allora l'effetto naturale dell'annullamento e della risoluzione sarà semplicemente quello di rimettere le cose *in pristinum,* cioè nell'identica condizione in cui si trovavano prima d'ogni proposta o tentativo di concordato.

L'unico punto dubbio a questo proposito può essere la condizione dei fideiussori anteriori al concordato amichevole stragiudiziale e di quelli che garantirono l'esecuzione del concordato stesso.

164. Per quel che riguarda la posizione giuridica dei fideiussori anteriori al concordato stragiudiziale, di fronte all'inadempimento e conseguente risoluzione, la dottrina prevalente afferma la loro completa liberazione. In questo senso si sono pronunciati il GUARIGLIA (1), il VIDARI (2), il CUZZERI (3), e, più ampiamente e giustamente di tutti, il LANNI (4): « A favore della liberazione non definitiva, ma condizionata al buon esito del concordato, può dirsi che, se la condizione risolutiva produce, verificandosi, l'effetto di rimettere le cose nello stato in cui erano prima, così come se il contratto non avesse avuto luogo, ciò deve accadere anche nei rapporti coi fideiussori. Nella specie, se la risoluzione del con-

(1) GUARIGLIA, pag. 127-128.
(2) VIDARI, vol. IX, n. 8442.
(3) CUZZERI, *Comm.*, n. 833.
(4) LANNI, nel *Filangieri*, 1891, cit., pag. 399 e segg.

cordato amichevole fa sì che questo debba aversi come non mai fatto, vuol dire appunto che la novazione deve aversi come non mai avvenuta e parimenti deve accadere per la liberazione dei fideiussori, non essendo questa che un effetto della novazione; mancando la causa, deve venir meno l'effetto. Può dirsi inoltre che, quando i creditori accettano il concordato amichevole, lo fanno appunto perchè suppongono che il loro sacrificio sia necessario per salvare i loro crediti in tutto o in parte, accordando delle facilitazioni al debitore: quindi il concordato viene accettato a patto che venga fedelmente eseguito; ed allora, quando invece non lo sia, debbono i creditori rientrare nel pieno esercizio dei loro diritti, quali erano prima del concordato, ed i fideiussori, che sono stati liberati per effetto del concordato, debbono seguire la sorte di questo, poichè non possono ignorarne l'esistenza (1).

« A sostegno invece dell'avversa opinione, può osservarsi che la legge, pur dicendo che effetto della condizione risolutiva verificata sia quello di far ritenere il contratto come non mai avvenuto, non può per altro impedire che, fino all'avverarsi della condizione, questo contratto abbia prodotto i suoi effetti; quella della legge è una finzione, che non può distruggere il fatto: l'obbligazione risoluta, prima di esserlo, ha effettivamente esistito ed ha prodotto i suoi effetti, fra i quali quello di liberare i fideiussori. La liberazione ottenuta dai fideiussori è per essi un diritto acquisito, che non può venire distrutto da un fatto posteriore, eventuale ed estraneo ad essi. Inoltre sarebbe ingiusto far rimanere eternamente sospesa la loro condizione. Quando la legge ha determinati gli effetti della condizione risolutiva, ha inteso regolare i rapporti fra le parti che hanno stretta l'obbligazione, anzichè quelli coi terzi: avvenuta la novazione,

---

(1) È di quest'avviso il Massé, il quale sostiene che la risoluzione del contratto rimette i fideiussori nei legami dai quali il concordato li aveva liberati, perchè essi non possono avere maggiori diritti del debitore principale e pretendere ad una rimessione pura e semplice, quando costui non ha ottenuto che una rimessione condizionale e subordinata all'esecuzione delle nuove obbligazioni, che ha contratte verso i suoi creditori (*Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, IV, n. 2235).

il fideiussore è divenuto terzo, egli è liberato e non ha più rapporti giuridici coi contraenti. È vero che il verificarsi della condizione risolutiva produce i suoi effetti verso i terzi, ma s'intende con ciò parlare dei terzi che abbiano stretti rapporti giuridici con una delle parti *pendente la condizione;* ora questo principio non è certamente applicabile ai fideiussori, i quali, al contrario, avevano rapporti giuridici colle parti preesistenti all'atto sottoposto alla condizione, rapporti che, col nascere di questo, sono venuti ad estinguersi.

« Noi propendiamo piuttosto per questa seconda opinione.

« La novazione libera i fideiussori. È questa una regola precisa ed assoluta. Liberati i fideiussori, la loro obbligazione non può rivivere per un fatto futuro ed eventuale e ad essi estraneo. Diversamente avverrebbe anche questo di curioso che essi, liberati pel fatto del concordato, rimarrebbero poi interessati all'esecuzione di esso, mentre vi sono totalmente estranei. Inoltre il creditore, che ha acconsentito al concordato senza pretendere l'intervento dei fideiussori, conosceva con ciò di averli liberati; se adunque egli ha preferito il concordato, ossia la nuova obbligazione all'antica, ne deve egli solo sopportare le conseguenze. Potrebbe darsi pure che il fideiussore, all'epoca della risoluzione del concordato non si trovasse più nelle medesime condizioni, in cui era prima del concordato, per l'esercizio dell'azione di regresso verso il debitore principale; la condizione di costui potrebbe trovarsi peggiorata, ed allora qual giustizia vi sarebbe a farne sopportare il danno al fideiussore, che non vi ha colpa? »

165. Queste osservazioni del LANNI mi sembrano così esaurienti, che non saprei proprio che cosa aggiungervi. Onde mi pare ch'egli pecchi di troppa modestia, quando scrive: « vogliamo augurarci che la questione venga trattata da altri nel modo che merita ». In verità, a me pare ch'egli abbia messi in campo tutti gli argomenti possibili, e, per mio conto, confesso che non saprei proprio trovarne dei nuovi. Mi limito quindi, accettando senz'altro le sue conclusioni, a ribattere un'obbiezione mossa dal Rocco: « Ambedue

le soluzioni (quella del Massè, che ritiene obbligati i fideiussori anteriori al concordato amichevole dopo la risoluzione di questo, e quella del Lanni, che sostiene il contrario) sono ugualmente illogiche: la prima, perchè non si può ammettere che i fideiussori, liberati dal concordato, possano, per il fatto di un terzo, essere tenuti di nuovo. La seconda, perchè non è risoluzione quella che lascia sussistere alcune conseguenze dell'obbligazione venuta meno, e non è obbligazione condizionata quella che lascia incondizionati alcuni effetti di essa. La verità è che il presupposto stesso di questa controversia, la liberazione dei coobbligati e fideiussori, è falsa, come abbiamo dimostrato. La illogicità delle conseguenze è una riprova della falsità della premessa » (1).

166. Quest'osservazione, se è indiscutibilmente logica, date le premesse del Rocco, che ho lungamente esaminate a suo tempo (2), non cessa per questo di essere inesatta, come è inesatto l'intero sistema. In verità a me pare che questa controversia sia già implicita nell'altra fondamentale, a cui il Rocco stesso si riporta, se cioè il concordato libera i fideiussori non intervenuti. Chi ammette, come ho ammesso io, che i fideiussori sieno liberati senz'altro, e lo ammette così recisamente da togliere ai creditori fin la facoltà di riservarsi ogni diritto contro i fideiussori, perchè non può invocarsi l'analogia con la rimessione, che è un atto completamente diverso dal concordato, — non può poi negare applicazione a questo sistema nella più saliente ed importante delle sue conseguenze. Ammesso infatti che i fideiussori sieno liberati in conseguenza del concordato amichevole stragiudiziale, ciò non ha alcuna portata o conseguenza pratica, se il debitore eseguisce puntualmente il suo impegno e paga i creditori nella percentuale ed alla scadenza pattuita. Il pericolo pei fideiussori comincerebbe proprio nel momento in cui il debitore non adempie al concordato stragiudiziale, il quale vien risoluto. Ammettere che sieno responsabili in questo caso è negare una dottrina che io ho troppo soste-

(1) Rocco, op. cit., pag. 259, nota 17.
(2) Confr. cap. VIII.

nuto per poterla poi abbandonare alla prima e forse unica sua applicazione pratica.

167. Dissento invece, almeno sotto un certo punto di vista, dalla dottrina prevalente, per quel che riguarda la posizione dei fideiussori che garantirono il concordato stragiudiziale, quando questo venga ad esser risolto.

In questo caso, i principî fondamentali in materia di fideiussione insegnano, che, di fronte all'inadempimento da parte del debitore principale il creditore deve anzitutto « escutere » (è la grossa parola tecnica) il debitore principale; e, solo nel caso che questi non soddisfaccia all'obbligazione assunta, rivolgersi contro il fideiussore; chè, se neanche questi soddisfaccia, allora potrà far risolvere il contratto, a termini di legge, nei rapporti dell'uno e dell'altro: ma, escusso semplicemente il debitore principale, e non anche il fideiussore, non potrà il creditore far risolvere il contratto ed al tempo stesso conservare i suoi diritti contro il fideiussore. « Il creditore » scrive il GUARIGLIA, occupandosi del caso particolare in questione « aveva la scelta tra la richiesta di pagamento al garante e la risoluzione del contratto; se egli si decise per questa, non potrà far ricorso all'altra via, che dimostrò di volere abbandonare » (1). Ed il LANNI, quasi con le stesse parole: « Il creditore, di fronte all'inadempimento del debitore, poteva seguire due vie: o rivolgersi al debitore ed al fideiussore, reclamando l'esecuzione della convenzione, ovvero chiederne la risoluzione. Se egli preferisce questo secondo mezzo, non può poi lamentarsi di aver perduto i vantaggi che avrebbe avuto seguendo il primo, poichè egli era perfettamente libero nella scelta. Sarebbe infine assurdo che la convenzione, risoluta fra il creditore ed il debitore, mantenesse invece la propria efficacia fra il creditore ed il fideiussore » (2). A questi autori va aggiunto il BOLAFFIO (3).

---

(1) GUARIGLIA, op. cit., p. 128.
(2) LANNI, loc. cit., p. 401.
(3) BOLAFFIO, *I componim. priv.* nella *Temi Veneta*. 1886, p. 133 e segg., n. *f*.

168. Di fronte a quest'accordo della prevalente dottrina, io mi domando: è proprio vero che il creditore leso dall'inadempimento fosse tanto libero nella scelta, all'atto della domanda di risoluzione, fra questa domanda stessa e l'escussione preventiva del fideiussore? E si deve proprio ritenere, come quasi tutti gli autori sostengono, che, dal momento ch'egli ha fatto dichiarare la risoluzione del contratto, egli abbia proprio scelto fra due vie, nel senso di rinunciare ad una allo scopo di sperimentare l'altra, senz'altro?

È innegabile che l'istituto della fideiussione, così come ci si presenta in diritto civile, porta alle conclusioni riferite; ma la rapidità e sveltezza che sono proprie del diritto commerciale, il pericolo cui si trova esposto il creditore leso dall'inadempimento, la necessità in cui egli si trova di far risolvere il concordato stragiudiziale e di far dichiarare il fallimento del debitore concordatario inadempiente, non dovranno alleggerire per nulla questo pesantissimo meccanismo di diritto civile, ereditato dal diritto romano, intatto a traverso lunghi secoli di progresso giuridico? A me pare che no.

A buon conto, l'art. 40 del Codice di comm., il famoso ed importantissimo art. 40, suona così:

« Nelle obbligazioni commerciali i condebitori *si presu-* « *mono tenuti in solido,* se non vi è convenzione contraria.

« *La stessa presunzione ha luogo per il fideiussore, anche* « *non commerciante,* che garantisce un'obbligazione *com-* « *merciale* ».

Ora, se il fideiussore, commerciante o no, che garantisce un'obbligazione commerciale, è tenuto in solido per l'adempimento di quest'obbligazione, ne deriva che se, giunta la scadenza, il debitore principale non paga, egli stesso dovrà pagare in sua vece, senza bisogno di essere escusso. L'obbligo di sapere se il debitore principale pagherà alla scadenza spetta a lui, di guisa che, in caso che quello non paghi, egli possa immediatamente e spontaneamente pagare, senza di che sarà naturalmente ritenuto come insolvente. Questa concezione, apparentemente enorme, è invece perfettamente logica, in quanto si conforma alla rapidità e svel-

tezza che dev'essere propria del diritto commerciale, e che la legge ha tradotto in atto mediante la disposizione citata dell'art. 40, la quale, se non fosse portata a queste conseguenze, non avrebbe nessun valore. La legge, infatti, stabilendo che il fideiussore sia obbligato solidariamente col debitore principale per le obbligazioni commerciali, non può avere inteso di trasformare in solvente un fideiussore che non lo sia, ma semplicemente di renderlo inadempiente subito, se il debitore principale non paga alla scadenza. Egli ha garantito (e per questa garanzia si è obbligato *in solido*), che il debitore principale paghi alla scadenza: se il debitore principale non paga, egli è inadempiente, insolvente; e non può salvarsi che pagando immediatamente e spontaneamente invece del debitore principale, salve, s'intende, le sue ragioni contro quest'ultimo. La concezione può sembrare rigida, ma in realtà è molto logica e semplice, e tanto più utile nel nostro caso, in quanto la condizione veramente pericolosa in cui viene a trovarsi il creditore concordatario leso dall'inadempimento rende sempre più rovinosa qualunque perdita di tempo.

169. L'immediato interesse del creditore leso dall'inadempimento d'un concordato stragiudiziale, si è quello di far dichiarare senza indugio la risoluzione del concordato stesso e di chiedere al tempo stesso, come conseguenza, il fallimento del debitore concordatario inadempiente; su questo ho tanto insistito poc'anzi (1), che non mi pare il caso di tornarci sopra. Il debitore insolvente, ove non sia stretto subito dalla ferrea legge del fallimento, privato immediatamente della disposizione delle ultime sue attività, ricorrerà a chissà quali mezzi rovinosi, i quali non faranno che accentuare il disastro, assottigliando ancora più l'attivo od allargando il passivo. Ora ecco che la dottrina prevalente vorrebbe trattenere il creditore leso dall'inadempimento, nell'atto in cui, per vantaggio suo e degli altri, egli cerca di ovviare a questi mali, dicendogli: bada, se tu fai risolvere il contratto, senza prima escutere il fideiussore, tu perdi ogni diritto

(1) V. *retro*, nn. 161 e 162.

contro costui. Si intenderà che tu — avendo a tua disposizione due mezzi: l'escussione del fideiussore o la risoluzione del contratto, *alternativamente* — ti sia deciso per questo secondo mezzo; quindi tu ti tagli ogni strada a sostenere le tue ragioni contro il fideiussore, se prima non lo escuti. Se il creditore ascoltasse i consigli di questa dottrina, se si rivolgesse prima contro il fideiussore per farne dichiarare l'insolvenza, perderebbe un tempo preziosissimo, durante il quale il debitore principale inadempiente, il quale si aspetta la tempesta da un momento all'altro, potrebbe mettere in salvo tutto quel che gli accomoda, sottraendolo ai creditori!

Orbene, io dico che tutto ciò è semplicemente assurdo. Poichè il fideiussore è responsabile solidariamente col debitore principale, tocca a lui a provvedere a che il creditore sia soddisfatto alla scadenza. Il creditore, ove non sia pagato, non può essere costretto a perdere tempo coll'escutere il fideiussore. Senza bisogno di quest'escussione, e senza perdere i suoi diritti contro il fideiussore, egli ha diritto di far risolvere il contratto tanto nei riguardi del debitore principale quanto nei riguardi del fideiussore. Ma con ciò non perde ogni ragione contro quest'ultimo. L'osservazione che non può essere tenuto il fideiussore quando non lo è più il debitore principale, che non può sussistere l'obbligazione accessoria quando è risolta la principale, è acuta, ma non è profonda.

Dichiarando all'art. 40 che il fideiussore d'un'obbligazione commerciale *si presume* (salvo dunque patto in contrario) obbligato in solido, il legislatore commerciale ha dimostrato chiaramente di voler elevare d'un grado, di fronte a quello civile, quest'obbligazione del fideiussore. Non ci troveremmo più di fronte ad un'obbligazione accessoria, nel senso stretto, romanistico, di questa parola: l'obbligo del garante sarebbe accessorio sì, in quanto è connesso a quello del debitore principale; ma non sarebbe in tutto e per tutto dipendente da quello. Avrebbe, sotto un punto di vista speciale, vita a sè: sarebbe *coordinato*, *meglio che subordinato*, all'obbligazione principale (1).

(1) Cfr. n. 146 bis, per nulla contraddetto da queste osservazioni.

D'altra parte se il creditore, concludendo un concordato stragiudiziale, ha preteso un fideiussore, l'ha preteso appunto in previsione che il debitore principale non paghi. La risoluzione del contratto, nel caso del concordato stragiudiziale, mira a far cessare uno stato pericoloso, a rendere possibile la dichiarazione del fallimento, a togliere al debitore concordatario inadempiente la disposizione delle ultime sue attività, e non può nè deve pregiudicare il diritto del creditore, verso il fideiussore, al risarcimento dei danni. « La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione — stabi-« lisce l'articolo 1165 Codice civile — ha la scelta o di « costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando « sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, ***oltre il « risarcimento dei danni in ambedue i casi*** ».

Se non la s'intendesse così, la fideiussione, specialmente in questo caso, diventerebbe un'irrisione, e tale, a quanto pare, non ha voluto che fosse l'art. 40 del Cod. di comm., con la disposizione più volte citata.

170. Del resto, una luminosa conferma che l'unico senso che si possa dare all'obbligazione solidale del fideiussore si è che questi sia responsabile *immediatamente* del mancato pagamento da parte del debitore principale, *senza necessità d'una preventiva escussione*, si ricava dall'art. 1907 del Codice civile, che stabilisce: « Il fideiussore non è tenuto a pagare il creditore, se non in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso, *eccetto che* il fideiussore abbia rinunciato al beneficio dell'escussione, *o siasi obbligato in solido col debitore* ».

Evidentemente la combinazione di questo articolo con l'art. 40 del Codice di commercio distrugge senz'altro tutti i ragionamenti della dottrina prevalente, la quale può ricevere applicazione solo nel caso in cui il fideiussore abbia espressamente dichiarato di non volere essere obbligato in solido col debitore principale, giacchè quella dell'art. 40 è una presunzione, ma non un obbligo.

171. Invece nell'ipotesi d'annullamento i fideiussori del concordato amichevole stragiudiziale rimangono *ipso jure*

liberati, e ciò *per la natura stessa* della nullità. Non è concepibile che un'obbligazione sia nulla e valida nello stesso tempo. Se per una ragione qualunque sia venuta meno la causa dell'obbligazione pel debitore principale, ciò deve produrre l'identico effetto anche pel fideiussore. E non c'è da stupirsi che l'annullamento porti così a conseguenze diverse da quelle della risoluzione, giacchè l'una cosa è completamente diversa dall'altra. Annullato il contratto, l'obbligazione non esiste più, non è mai esistita; mentre risoluto il contratto in forza dell'art. 1165, cioè non di condizione risolutiva espressa, ma per inadempimento, l'obbligazione esiste: ed è tanto più logico che rimanga obbligato chi appunto dell'adempimento dell'obbligazione si era reso garante.

Si spiega così la differenza delle disposizioni contenute nel Codice di commercio pei casi di annullamento e di risoluzione del concordato obbligatorio (art. 842 e 843 codice commercio). Qui, dove davvero la natura dei due concordati si palesa identica, il portato dei principî generali non può essere che uno solo; e l'interpretazione, per ciò che riguarda il concordato in limite di fallimento, non può che ricevere una luminosa conferma da quanto la legge espressamente dispone pel concordato obbligatorio. Non c'è dunque bisogno di ricorrere, come fa il Rocco, a disquisizioni sottili per chiarire la disposizione dell'art. 843. Questa disposizione, in quanto dichiara che la risoluzione del concordato non libera i fideiussori, non è se non la naturale conseguenza della combinazione dei due concetti di fideiussione commerciale e di concordato. L'avere la legge espressa quella conseguenza non può fare ostacolo ad ammetterla come conseguenza naturale dei due istituti in questione. Sarebbe in verità molto strano il cercare di spiegare con motivi sottili e reconditi le più semplici deduzioni che la legge fa dai supremi principî del diritto. Che i codici non debbano mutarsi in una infinita e minuziosa casistica, nessun dubbio. Ma non per questo ci si deve stupire che essi esprimano di per sè le più elementari deduzioni, non fosse che per ribadire la portata di quei principî e confortare a risolvere, al lume di quelle dedu-

zioni e sulla base di quei principî, i dubbî e le difficoltà più scabrose.

172. Un'ultima osservazione da fare è che la sentenza che dichiara la risoluzione o l'annullamento del concordato stragiudiziale è suscettibile di appello. Su questo punto può nascere questione relativamente al concordato giudiziale, ma non ne può sorgere alcuna pel concordato stragiudiziale. Qui siamo fuori del fallimento, siamo in diritto comune, e pertanto, nel silenzio della legge, non si può derogare al principio che contro ogni sentenza, in quanto la legge non lo proibisca, si possono esperire tutti i rimedî che la legge stessa consente.

Ma se, ad istanza del creditore leso, ovvero anche d'ufficio (cfr. nn. 161-162), il tribunale dichiari la risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale, e contemporaneamente il fallimento del debitore concordatario inadempiente, questa sentenza non sarà certamente più appellabile: al debitore stesso e ai creditori interessati non spetterà altro rimedio se non l'opposizione, nel termine di otto o di trenta giorni, ai sensi dell'art. 693 Cod. comm. E si capisce: perchè quando pure fosse possibile spezzare in due la sentenza e ritenerla appellabile in quanto risolve il concordato stragiudiziale, tutto ciò sarebbe inutile, perchè la sentenza stessa, in quanto dichiara il fallimento, porrebbe sempre ed in ogni modo nel nulla il concordato stesso.

173. Per concludere questo studio, dirò che, *de jure condendo,* sarebbe molto bene che il legislatore si occupasse del concordato amichevole stragiudiziale, e con pochi brevissimi articoli, ne indicasse almeno le linee direttive. Abbiamo visto come la nostra giurisprudenza, quelle poche volte che ha dovuto occuparsene, ha detto di grandi spropositi. Nè può accogliersi l'affermazione secondo cui dare una regolamentazione legislativa, almeno parziale e succinta, al concordato amichevole fuori di fallimento, equivarrebbe a snaturarlo ed a fargli perdere la sua elasticità e praticità: potrebbe infatti benissimo rimanere stragiudiziale, senza essere sempre — com'è oggi — assolutamente *extra-legale.*

Questa futura regolamentazione legislativa potrebbe, credo vantaggiosamente, fissare i seguenti principî:

I. Il concordato amichevole stragiudiziale è quello che ha luogo prima del fallimento, con tanti creditori quanti occorrono, perchè i dissenzienti possano essere integralmente soddisfatti (1).

II. Il concordato amichevole stragiudiziale dev'essere fatto per iscritto (2).

III. I fideiussori e coobbligati, se non sieno intervenuti nel concordato amichevole stragiudiziale, sono liberati (3).

IV. La risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale non libera i fideiussori che ne hanno garantito l'adempimento, sebbene non sieno stati escussi preventivamente. L'annullamento del concordato amichevole stragiudiziale libera invece di pien diritto i fideiussori (4).

V. L'autorità giudiziaria che pronuncia la risoluzione del concordato amichevole stragiudiziale, deve nella stessa sentenza dichiarare il fallimento d'ufficio (5).

VI. Qualunque stipulazione fra il debitore ed uno dei creditori concordatarî, che non apparisca nel concordato e porti un vantaggio a quel creditore, è nulla rispetto agli altri creditori che hanno aderito al concordato (6).

---

(1) Cfr. cap. I, n. 8, e cap. IV, n. 54 e segg.
(2) Cfr. cap. VII, n. 118.
(3) Cfr. cap. VIII, nn. 145-146.
(4) Cfr. cap. IX, nn. 168-171.
(5) Cfr. cap. IX, nn. 160-162.
(6) Cfr. cap. IV, n. 62 e segg.

FINE.

SOMMARIO

PARTE PRIMA
GENERALITÀ

TITOLO I.
CARATTERI FONDAMENTALI

Capitolo I. — **La posizione ed i vantaggi del concordato amichevole stragiudiziale in confronto alle altre forme di concordato.**

Capitolo II. — La figura giuridica del concordato amichevole stragiudiziale. — Caratteri fondamentali.

Capitolo III. — La figura giuridica del concordato amichevole stragiudiziale. — Il tipo contrattuale.

* *L'art. 840 cod. comm. e l'art. 1130 cod. civ. — Considerazioni intorno alla natura giuridica del concordato giudiziale* (Appendice al cap. II, pag. 44).

PARTE SECONDA

APPLICAZIONI PRATICHE

TITOLO II.

REQUISITI E CAPACITÀ

Capitolo IV. — **Gli elementi costitutivi del contratto.**

CAPITOLO V. — **Le persone.**

TITOLO III.

LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

Capitolo VI. — **Formazione del contratto. La proposta (il contenuto).**

CAPITOLO VII. — **L'accettazione, la conclusione, la forma, la prova.**

TITOLO IV.

IL CONTRATTO PERFETTO

CAPITOLO VIII. — **Gli effetti.**

Capitolo IX. — **Risoluzione e annullamento.**